

**Das Verwaltungsrecht
des Testamentsvollstreckers
an der Mitgliedschaft
in einer
Personenhandelsgesellschaft**

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München**

vorgelegt von

Reinhard Richardi

Berlin 1960

**Das Verwaltungsrecht
des Testamentsvollstreckers
an der Mitgliedschaft
in einer
Personenhandelsgesellschaft**

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München**

vorgelegt von

Reinhard Richardi

Berlin 1960



Referent: Prof. Dr. Dr. h. c. Alfred Hueck

Correferent: Prof. Dr. Rolf Dietz

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Dezember 1960

(Schlußberatung)

Vorwort

Gegenstand der Untersuchung ist die Testamentsvollstreckung¹⁾ an der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft. Gerade in letzter Zeit wird dieses Problem im Schrifttum häufig erörtert, ohne daß man zu übereinstimmenden Ergebnissen gekommen ist.

Der Tod eines Gesellschafters kann für die Gesellschaft mannigfaltige Folgen haben. Dementsprechend ist auch die Rechtsstellung der Erben überaus verschieden. Das Verhältnis zwischen Gesellschaftsvertrag und Erbrecht gehört zu den schwierigsten Rechtsfragen. Darauf kann im Rahmen dieser Arbeit nicht allgemein eingegangen werden. Um nicht den Gegenstand der Untersuchung mit den schwierigen Problemen zu belasten, die sich ergeben, wenn eine Miterbengemeinschaft vorhanden ist, bleibt die Arbeit auf den Fall beschränkt, daß ein Alleinerbe in die Gesellschafterstellung eintritt. Auch soll nicht die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers¹⁾ gegenüber der Gesellschaft im allgemeinen erörtert werden. Grundproblem dieser Arbeit ist vielmehr der Zusammenstoß von Gesellschaftsrecht und Erbrecht, wenn TV an der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft angeordnet ist. Deshalb steht die Rechtsstellung des TV bei unmittelbarer und voller Vererbung der Gesellschafterstellung kraft gesellschaftsvertraglicher Nachfolgeklausel im Mittelpunkt der Untersuchung. Die Rechtsstellung des TV bei Auflösung der Gesellschaft durch den Tod des Erblassers oder bei Ausscheidung aus der Gesellschaft mit seinem Ableben berührt das Grundproblem nur am Rande und wird deshalb nicht ausführlich dargestellt. Die Fragen, die sich hierbei ergeben, werden nicht durch den Konflikt gesellschaftsrechtlicher und erbrechtlicher Normen verursacht, son-

¹⁾ Testamentsvollstreckung und Testamentsvollstrecker werden im folgenden mit TV abgekürzt.

dern sind allgemein gesellschaftsrechtlicher Natur. Aus Gründen der Darstellung wird zunächst die Rechtsstellung des TV nur in bezug auf die Stellung eines Gesellschafters in der OHG (und damit zugleich eines persönlich haftenden Gesellschafters der KG) behandelt. Das dabei gewonnene Ergebnis gilt aber auch für die TV an einer Kommanditbeteiligung. Am Schluß der Arbeit wird das für die Kommanditbeteiligung noch besonders aufgezeigt.

Reinhard Richardi

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	III
Literaturverzeichnis	VIII

Erstes Kapitel

Die Zugehörigkeit der Gesellschaftsbeteiligung zum Nachlaß und die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen

§ 1 Die Zugehörigkeit der Mitgliedschaft eines OHG-Gesellschafters zum Nachlaß	1
I. Die Rechtslage beim Tode des Gesellschafters	1
1. Die Auflösung der Gesellschaft	1
2. Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern	1
3. Die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben	2
II. Das Problem der unmittelbaren Übertragung der Mitglied- schaft beim Tode eines Gesellschafters	3
1. Die Auffassung vom Übergang der Mitgliedschaft außer- halb des Erbrechts	3
2. Die Mitgliedschaft als Gegenstand des Erbrechts	4
a) Die Mitgliedschaft als Summe der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten	4
b) Die Mitgliedschaft als rechtliche Einheit	7
III. Die Mitgliedschaft als Teil des Nachlasses	10
§ 2 Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen	13

Zweites Kapitel

Das Problem der gesetzlichen Testamentsvollstreckung an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

§ 3 Die Individualbezogenheit des Gesellschafterverhältnisses	17
I. Allgemeines zur Problematik	17
II. Das Problem der Individualbezogenheit bei der gesetzlichen und gewillkürten Vertretung	18
III. Das Problem der Individualbezogenheit bei der Testamentsvollstreckung	19
IV. Die Zulassung der Testamentsvollstreckung im Gesellschaftsvertrag	20
§ 4 Die Unvertretbarkeit der Organschaft	22
§ 5 Das Problem der Haftung	25
I. Die Haftung des Gesellschafter-Erben und Problemstellung	25

Inhaltsverzeichnis

II. Vergleich und Unterschied zur Rechtslage der Testamentsvollstreckung beim Einzelkaufmann	26
III. Lösung des Problems aus der beschränkten Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers (Die rechtliche Konkretisierung des Grundsatzes von Herrschaft und Haftung im Bereich des Testamentsvollstreckerrechts)	29
§ 6 Die Unteilbarkeit der Mitgliedschaft einer Personengesellschaft	34
I. Die Abtretung einzelner Mitgliedschaftsrechte	34
II. Die gesellschaftsrechtlichen Bedenken gegen eine Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Testamentsvollstrecker	39
§ 7 Zusammenfassung zum Problem der gesetzlichen Testamentsvollstreckung an der Gesellschaftsbeteiligung	43

Drittes Kapitel

Abgewandelte Formen der Testamentsvollstreckung

§ 8 Überblick	44
§ 9 Die Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers, die mitglied-schaftlichen Rechte und Pflichten wahrzunehmen	45
I. Vollmacht der Erben	45
II. Die postmortale Vollmacht	46
III. Die Verpflichtung zur Erteilung einer Vollmacht	46
1. Die Rechtsprechung	46
2. Erbrechtliche Bedenken gegen eine Verpflichtung	48
a) Erbrechtliche Bedenken gegen eine Auflage zur Er- teilung einer Vollmacht	48
b) Die Erteilung einer Vollmacht als Bedingung	51
3. Gesellschaftsrechtliche Bedenken	54
§ 10 Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder	56
§ 11 Die Rechte eines Testamentsvollstreckers an einer Mitglied-schaft in einer Personengesellschaft kraft seines Amtes	63
I. Die Verpflichtung des Erben, die Mitbestimmung des Testamentsvollstreckers hinzunehmen	64
II. Die Stellung des Testamentsvollstreckers bei den sog. über- tragbaren Rechten	65
1. Der Gewinnanspruch	66
2. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben ...	69
§ 12 Die Übertragung einzelner Rechte auf den Testaments-vollstrecker	70
I. Die übertragbaren Rechte nach § 717 Satz 2 BGB	70
II. Die nicht übertragbaren Rechte nach § 717 Satz 1 BGB	71

Viertes Kapitel

§ 13 Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über die Gesellschaftsstellung im ganzen	71
--	----

Inhaltsverzeichnis

Fünftes Kapitel

§ 14	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Auflösung der Gesellschaft durch den Tod des Gesellschafters und bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft	76
	I. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Auflösung der Gesellschaft	76
	1. Die Rechtsstellung der Erben in der Abwicklungsgesellschaft	77
	2. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers	79
	a) Die Liquidation der Gesellschaft	79
	b) Die Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung	80
	c) Die Fortsetzungsvereinbarung	80
	aa) Die Fortsetzung der Gesellschaft ohne die Erben	81
	bb) Die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben (Die Stellung des Testamentsvollstreckers bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrages)	81
	II. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Ausscheiden des Gesellschafters mit seinem Tode	82
	1. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers im Fall des § 138 HGB	82
	2. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei einem Eintrittsrecht des Erben	82
	III. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Ausscheiden des Gesellschafter-Erben oder Auflösung der Gesellschaft im Rahmen des § 139 HGB	83

Sechstes Kapitel

§ 15	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei der Kommanditistenstellung	84
------	---	----

Literaturverzeichnis

Lehrbücher und Kommentare

- Achilles-Greif, BGB, Kommentar, 21. Auflage, 1958
(Bearbeiter der §§ 2197 ff: Kregel)
- Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage, 1959
- Düringer-Hachenburg, HGB, II. Bd. 2. Hälfte,
§§ 105—177, 335—342, 3. Auflage, erläutert von Julius Flechtheim,
1932
- Erman-Hense, Handkommentar zum BGB, 2. Auflage, 1958
- v. Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Auflage, 1958
(Abkürzung: Lb)
- Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, 1952
- Hueck, Alfred, Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Auflage, 1951
(Abkürzung: OHG)
- Hueck, Alfred, Gesellschaftsrecht, Studienbuch, 10. Auflage, 1960
- Kipp-Coing, Erbrecht, ein Lehrbuch, 11. Bearbeitung, 1960
- Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil,
4. Auflage, 1960
- Lehmann, Heinrich, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, 1959
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche
Reich, Bd. V, Erbrecht, Amtliche Ausgabe, 2. Auflage
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 19. Auflage, 1960
(Bearbeiter des Erbrechts: Rechenmacher)
- Planck, Kommentar zum BGB, V. Band, Erbrecht, 4. Auflage, 1930
(Bearbeiter der §§ 2197 ff: Flad)
- RGR-Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und
Bundesrichtern, 10. Auflage, V. Band, bearbeitet von K. H. Johann-
sen und W. Kregel, 1956
11. Auflage, II. Band, 2. Teil
§§ 705 ff bearbeitet von Robert Fischer, 1960
- Ritter, Carl, Kommentar zum HGB, 2. Auflage, 1932
- Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Auflage,
1960
- Schlegelberger-Geßler, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Band,
3. Auflage, 1955
- Soergel, Kommentar zum BGB, Bd. III, Erbrecht erläutert von Ehard-
Eder, 8. Auflage, 1955
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V, Erbrecht,
erläutert von Herzfelder, 9. Auflage, 1928 (Staudinger-Herzfelder)
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 3. Teil,
10. Auflage, 1939
§§ 705 ff von Geiler (Staudinger-Geiler)

Literaturverzeichnis

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V, 1. Teil, 11. Auflage, 1954, erläutert von G. Boehmer (Staudinger-Boehmer) H. Lehmann (Staudinger-Lehmann) und K. Seybold (Staudinger-Seybold)

Band V, 2. Teil, Lieferung 1, 11. Auflage, 1956, §§ 2197—2228 erläutert von Othmar Dittmann (Staudinger-Dittmann)

Weipert, Otto, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (früher RGR-Komm.), II. Band (§§ 105—177, §§ 335—342), 2. Auflage, 1950

Einzelabhandlungen, Aufsätze und Anmerkungen

Barz, Carl Hans, Treuhandverwaltung und persönliche Haftung des Vermögensinhabers, NJW 1947, 44

Bondi, Felix, Anmerkung zu RGZ 132, 138, JW 1931, 3073

Bondi, Felix, Der Testamentsvollstrecker des Kaufmanns, Zentralblatt für Handelsrecht (ZBH) 1926, 308

Buchwald, Friedrich, Gesellschaftsanteil und Erbrecht, AcP 154, 22

Buchwald, Friedrich, Abtretung von „Anteilen an einer Personengesellschaft“?, BB 1955, 52

Buchwald, Friedrich, Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag, JR 1955, 173

Dieckmann, Wilhelm, Die Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen bei der offenen Handelsgesellschaft, Diss. Göttingen 1936

Dietrich, Hugo, Anmerkung zu RGZ 170, 392, DR 1943, 807

Dölle, Hans, Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift Fritz Schulz, Bd. II, 268

Donner, Günther, Mehrheit von Erben eines Kommanditisten im Falle des § 177 HGB, DR 1943, 1205

Donner, Günther, Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Einzelkaufmanns, des offenen Handelsgesellschafters, des Komplementärs und des Kommanditisten, DNotZ 1944, 143

Fischer, Robert, Anmerkung zu BGHZ 3, 354, LM Nr. 1 zu § 105 HGB

Fischer, Robert, Fragen aus dem Recht der GmbH, JZ 1954, 426

Fischer, Robert, Anmerkung zu BGHZ 24, 106, LM Nr. 1 zu § 2218 BGB

v. Gierke, Julius, Fortsetzung der OHG mit den Erben eines Gesellschafters, Festgabe für Wieland, 97 ff

v. Godin, Freiherr Reinhard, Einzelfragen aus dem Recht der Offenen Handelsgesellschaft, JR 1948, 61

v. Godin, Freiherr Reinhard, Nutzungsrecht an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, 1949

Götz, Joachim, Die Ausübung der Rechte des Gesellschafters einer oHG durch Ehemann und Testamentsvollstrecker, Diss. Marburg 1953

Goldschmit, Friedrich, Die Beerbung des Einzelkaufmanns durch mehrere Erben, JW 1931, 3057

Groschuff, Zur Frage der Registerfähigkeit der Testamentsvollstrecker, Treuhänder und Zwangsliquidatoren, JW 1938, 1361

Hackl, Maximilian, Die Stellung des Testamentsvollstreckers gegenüber der offenen Handelsgesellschaft, Diss. München 1950

Literaturverzeichnis

- Haegele, Karl, Der Testamentvollstrecker, 1953 (Abkürzung: TV)
- Haegele, Karl, Handelsrechtliche Fragen um den Testamentvollstrecker in der Rechtsprechung und im Schrifttum, Der Deutsche RPfeger 1956, 182
- Hallermann, Hermann, Die Rechtsstellung des Testamentvollstreckers bei Beteiligung des Erblassers in einer Personengesellschaft, Diss. Münster 1954
- Holch, Georg, Kann die Mitgliedschaft eines oHG-Gesellschafters in seinen Nachlaß und damit in die Verwaltung eines Testamentvollstreckers fallen? Diss. Tübingen 1957
- Holch, Georg, Testamentvollstreckung an einer oHG-Beteiligung, DNotZ 1958, 282
- Hueck, Alfred, Die Übertragung von Geschäftsanteilen, ZHR 83, 1
- Hueck, Alfred, Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäfts, ZHR 108, 1
- Hueck, Alfred, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, DNotZ 1952, 550
- Hueck, Alfred, Anmerkung zu BGHZ 3, 354, JZ 1952, 115
- Hueck, Alfred, Anmerkung zu BGHZ 13, 179, JZ 1954, 505
- Hueck, Alfred, Anmerkung zu BGH JZ 1960, 490, JZ 1960, 491
- Johannsen, Anmerkung zu BGHZ 12, 100, LM Nr. 1 zu § 2216 BGB
- Kolb, Besprechung des RGR-Kommentars zum HGB, 2. Band (Weipert), Deutsche Justiz (DJ) 1943, 327
- Lehmann, Heinrich, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1
- Lehmann, Heinrich, Die Abtretung von Verträgen, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, 382
- Liebisch, Arnold, Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters, ZHR 116, 128
- v. Lübtow, Ulrich, Insihgeschäfte des Testamentvollstreckers, JZ 1960, 151
- Michaelis, Karl, Zur Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben, ZAKfDR 1943, 233
- Model, Otto, Testament und Güterstand des Unternehmers, 2. Auflage, 1958
- Möhring, Oskar, Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlaßsachen, 4. Auflage, 1955
- Müller-Erbach, Rudolf, Das private Recht der Mitgliedschaft, 1948
- Müller-Erbach, Rudolf, Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht, AcP 154, 299
- Müller-Freienfels, Wolfram, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955
- Rehlinger, Karin, Die Rechtsstellung des Testamentvollstreckers bei den Personengesellschaften, Diss. Hamburg 1958
- Schilling, Wolfgang, Zur Ausübung fremder Gesellschafterrechte im eigenen Namen, in Festschrift für Walter Schmidt, 1959, 208
- Schlicht, Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklausel (§ 139 HGB)? NJW 1954, 984
- Schneider-Zartmann-Martin, Familienunternehmen und Unternehmer-testament, 3. Auflage, 1960

Literaturverzeichnis

- Siber, Heinrich, Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen BGB, IherJB 67, 81
- Siebert, Wolfgang, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft, Vortrag, 3. Auflage, 1958
(Abkürzung: GV u. ErbR)
- Siebert, Wolfgang, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Kommanditgesellschaft, NWB, Fach 18, 59
- Siebert, Wolfgang, Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personengesellschaften, Steuerberater-Jahrbuch (StbJB) 1955/56, 299
(Abkürzung: StbJB)
- Siebert, Wolfgang, Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer OHG, NJW 1955, 809
- Siebert, Wolfgang, Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, in Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, 1959, 321
(Abkürzung: HF)
- Sommer, Der Testamentsvollstrecker im Handelsrecht, DNotZ 1936, 937
- Spieß, Heinz, Unsittliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen, Diss. Köln 1938
- Stifel, Frieda Irma, Die privatrechtliche Auflage, insbesondere nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1933
- Vogels, Anmerkung zu KG JFG 18, 276, DJ 1939, 1008
- Waldmann, Zum Recht des Testamentsvollstreckers, DFG 1944, 37
- Weiler, Ferdinand, Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers, DNotZ 1952, 283
- Weipert, Otto, Anmerkung zu BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB, JR 1954, 60
- Wolf, Heinz, Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen „offenen“ Gesellschafters, NJW 1954, 1549

Die wesentliche Rechtsprechung zur Arbeit

- RGZ 132, 138 = JFG 8, 1 = JW 1931, 3073
- RGZ 170, 392 = DR 1943, 806 Nr. 10 = DNotZ 1944, 91 = ZAkfDR 1943, 235
- RGZ 172, 199 = DR 1944, 339 (Leitsatz)
- BGHZ 3, 354 = NJW 1952, 178 = JZ 1952, 114 = MDR 1952, 159 = BB 1952, 10 = JR 1952, 24 = LM Nr. 1 zu § 105 HGB (Leitsatz)
- BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB = BB 1953, 926 = JR 1954, 59
- BGHZ 12, 100 = NJW 1954, 636 = BB 1954, 172 = DNotZ 1954, 270 = LM Nr. 1 zu § 2216 BGB (Leitsatz)
- BGHZ 13, 179 = NJW 1954, 1155 = JZ 1954, 503 = BB 1954, 486 = DNotZ 1954, 407 = GmbHRdsch 1954, 106
- BGHZ 20, 363
- BGHZ 24, 106 = NJW 1957, 1026 = LM Nr. 1 zu § 2218 BGB (Leitsatz)
- KG JFG 18, 276 = JW 1939, 104 = DJ 1939, 1006 = DNotZ 1939, 344 = DFG 1938, 267 = HRR 1939 Nr. 10

Erstes Kapitel

Die Zugehörigkeit der Gesellschaftsbeteiligung zum Nachlaß und die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen

§ 1. Die Zugehörigkeit der Mitgliedschaft eines OHG-Gesellschafters zum Nachlaß

Eine Berechtigung des Testamentsvollstreckers kann nur dann in Frage kommen, wenn die Beteiligung an einer OHG zum Nachlaß des verstorbenen Gesellschafters gehört, §§ 2205, 2206 BGB. Das setzt aber wiederum voraus, daß die Mitgliedschaft durch die Erben des Gesellschafters fortgesetzt wird und deren Nachfolge auf dem Erb-recht beruht.

I. Die Rechtslage beim Tode des Gesellschafters

1. Die Auflösung der Gesellschaft

Durch den Tod eines Gesellschafters wird die OHG aufgelöst, wenn sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein anderes ergibt, § 131 Ziff. 4 HGB. In der Liquidationsgesellschaft sind die Erben zwar auch beteiligt. Aber da die Gesellschaft ihre Struktur geändert hat, handelt es sich nicht um eine echte Fortsetzung der Mitgliedschaft¹⁾.

Eine Nachfolge in die Mitgliedschaft als Einheit findet also nicht statt.

2. Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern

Auch wenn der Gesellschaftsvertrag vorsieht, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird, entfällt eine Nachfolge in die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters. Mit seinem Tode erlischt seine Gesellschafterstellung, § 138 HGB. Die Erben erhalten dann nur die vermögensmäßige Beteiligung in Form des schuldrechtlichen Abschichtungsanspruchs²⁾.

¹⁾ Siebert, GV u. ErbR 9, Hueck, OHG 220, Schlegelberger-Geßler, § 131 Anm. 23, Ritter, § 131 Anm. 6, vgl. unten § 14 I 1

²⁾ Hueck, OHG 260, DNotZ 1952, 550 (552), Kipp-Coing, § 91 IV 4 d, Schlegelberger-Geßler, § 138 Anm. 8, Siebert, GV u. ErbR 9/10

3. Die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben

Im folgenden wird daher zu untersuchen sein, wie die Mitgliedschaft nach dem Tode eines Gesellschafters auf einen Nachfolger übergehen kann. Da die übrigen Gesellschafter sich nicht gefallen zu lassen brauchen, daß ihnen ein Außenstehender als Gesellschafter aufgezwungen wird, müssen sie einer Fortsetzung zustimmen. Zumeist wird daran gedacht, dem Erben des Gesellschafters die Fortsetzung in der OHG zu ermöglichen. Nach dem Willen der Gesellschafter lassen sich zwei Möglichkeiten unterscheiden³⁾:

a) Dem Erben wird im Gesellschaftsvertrag lediglich das Recht eingeräumt, in die Gesellschaft einzutreten. Siebert bezeichnet diese Klausel als Eintrittsklausel⁴⁾. Auch in diesem Fall erlischt die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters mit seinem Tode. Dem Erben wird lediglich die Möglichkeit eingeräumt, in die OHG als Gesellschafter einzutreten und die Mitgliedschaft neu zu begründen⁵⁾. In derartigen Fällen geht die Mitgliedschaft gar nicht auf den Erben über. Man kann höchstens von einer mittelbaren Übertragung der Mitgliedschaft sprechen. Da in diesem Fall die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters nicht fortgesetzt wird, kann eine Testamentsvollstreckung an ihr nicht in Frage kommen⁶⁾.

b) Anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn im Gesellschaftsvertrag bestimmt wird, daß die Gesellschaft unmittelbar mit den Erben fortgesetzt wird. Durch eine derartige Nachfolgeklausel soll die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters unmittelbar fortgesetzt werden, ohne daß es vom Willen des Erben abhängen soll, ob er die Mitgliedschaft des Erblassers fortsetzen will. Wie ein derartiger unmittelbarer Übergang der Mitgliedschaft rechtsdogmatisch zu erklären ist, ist sehr bestritten. Bei unbefangener Betrachtung könnte man davon ausgehen, daß die Gesellschaftsbeteiligung in der OHG durch die Nachfolgeklausel ein nachfolgefähiges Rechtsgut wird und die Nachfolge durch den Erbgang bewirkt wird. Allein dem scheinen erhebliche Schwierigkeiten zu begegnen. Zunächst mag es fraglich sein, ob die Stellung als Gesellschafter im Rechtsverkehr als eine Einheit angesehen werden kann. Sodann kann zweifelhaft erscheinen, ob § 1922 BGB für die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung eine ausreichende Rechtsgrundlage ist, da

³⁾ Siebert, GV u. ErbR 12

⁴⁾ Siebert, GV u. ErbR 12, StbJB 316

⁵⁾ Hueck, OHG 262, Kipp-Coing, § 91 IV 4 d, Schlegelberger-Geßler, § 138 Anm. 24, § 139 Anm. 5, Siebert, GV u. ErbR 12 ff, StbJB 316. Ob es eines besonderen Aufnahmevertrages bedarf, ist bestritten (nicht erforderlich: Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 5; a. M. Siebert, GV u. ErbR 13)

⁶⁾ vgl. unten § 14 II 2

nach dieser Bestimmung nur das Vermögen auf den Erben übergeht. Die Gesellschafterstellung ist aber durch eine Fülle persönlichkeitsbezogener Rechte und Pflichten gekennzeichnet. Die Verwaltungs- und Kontrollrechte sowie die entsprechenden Pflichten sind nicht vermögensrechtlicher Natur, sondern erfassen die Person des Gesellschafters⁷⁾. Neben diesen konstruktiven Bedenken sind es aber gerade praktische Schwierigkeiten, die gegen eine Vererbung zu sprechen scheinen. Man denke an die Probleme, die im Zusammenhang mit einer Erbengemeinschaft sich ergeben⁸⁾. Auch die Frage nach der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung gehört hierzu.

II. Das Problem der unmittelbaren Übertragung der Mitgliedschaft beim Tode eines Gesellschafters

1. Die Auffassung vom Übergang der Mitgliedschaft außerhalb des Erbrechts

Es ist deshalb wiederholt daran gedacht worden, die Mitgliedschaft außerhalb des Erbrechts übergehen zu lassen. Die Nachfolge in die Mitgliedschaft soll dann unmittelbar durch den Gesellschaftsvertrag erfolgen⁹⁾. Die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag schafft dann nicht nur die Nachfolgemöglichkeit in die Gesellschaft, sondern stellt gleichzeitig auch den Verfügungstatbestand dar. Wird nach dem Gesellschaftsvertrag die Nachfolge den Erben oder einem Erben eröffnet, so verbleibt dem Erbrecht nur die Auswahl des Nachfolgers¹⁰⁾. Diese Ansicht vertrat anscheinend das Reichsgericht noch in seiner letzten Zeit¹¹⁾, sie wird aber nicht vom Bundesgerichtshof geteilt¹²⁾. Eine derartige Konstruktion ist rechtlich schwer zu erklären und würde auch zu untragbaren Ergebnissen führen. Ein aufschiebend bedingter Verfügungsvertrag zugunsten Dritter kann nicht angenommen werden, zumal er auch zugleich ein Vertrag zu Lasten Dritter wäre¹³⁾. Die Nachfolge in die Gesellschafterstellung könnte nur durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vollzogen werden, dessen Voraussetzungen aber nur in seltenen Ausnahmefällen gegeben sein dürften¹⁴⁾. Auch dann können noch Bedenken bestehen,

⁷⁾ Siebert, StbJB 317, NJW 1955, 809 (810)

⁸⁾ Hueck, OHG 265 f, Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 25 und dort zitierte Rspr. u. Schrifttum

⁹⁾ Weipert, § 131 Anm. 26 a. E., § 139 Anm. 15, Staudinger-Boehmer 10. Aufl. § 1922 Anm. 162 aufgegeben in der 11. Aufl., Hallermann, Diss. 115, vgl. 78 ff, 105

¹⁰⁾ Hallermann, Diss. 103, 106

¹¹⁾ RGZ 170, 392 (394), 171, 328

¹²⁾ BGHZ 22, 186 (191)

¹³⁾ Siebert, GV u. ErbR 17, Liebisch, ZHR 116, 128 (130 ff), a. A. Weiler, DNotZ 1952, 283 (289)

¹⁴⁾ vgl. Siebert, GV u. ErbR 17 ff, Holch, Diss. 25 ff

1. Nachlaß und Rechtsstellung des TV

ob durch eine Verfügung unter Lebenden die Mitgliedschaft unmittelbar übertragen wird¹⁵). Entscheidend spricht aber gegen eine derartige Konstruktion, daß nach dieser Auffassung die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft nicht zum Nachlaß des verstorbenen Gesellschafters gehört. Damit würde den Nachlaßgläubigern ein nicht unwesentlicher Wert entzogen werden, und auch bei der Auseinandersetzung unter Miterben könnte der Wert der Mitgliedschaft nicht berücksichtigt werden. Das wäre aber ein völlig unhaltbares Ergebnis. Für unsere Frage ergäbe sich aus dieser Auffassung, daß eine Testamentsvollstreckung von vornherein nicht in Frage kommt¹⁶).

2. Die Mitgliedschaft als Gegenstand des Erbrechts

In der Regel wird deshalb die Mitgliedschaft durch **V e r e r b u n g** unmittelbar übergehen, wenn der Gesellschaftsvertrag diese Möglichkeit durch eine dahingehende Bestimmung eröffnet hat. Auf dieser Voraussetzung beruht § 139 HGB, und dieser Auffassung folgt jetzt auch der Bundesgerichtshof¹⁷). Man wird diesen Vorgang aber nur dann richtig erfassen, wenn man sich darüber Klarheit verschafft, was Gegenstand des Erbrechts ist. Darüber gehen die Meinungen noch sehr weit auseinander. Zumeist wird diese Frage auch gar nicht in dieser Klarheit gestellt, man begnügt sich mit der Feststellung, daß die Erben in die Gesellschafterstellung des Erblassers treten, ohne daß es eines besonderen Beitritts bedarf¹⁸). Doch ist gerade für die Frage der Nachlaßzugehörigkeit und damit für das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers wesentlich, was Gegenstand der Erbfolge ist.

a) Die Mitgliedschaft als Summe der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten

Der Begriff der Mitgliedschaft in Personengesellschaften ist der Gesetzessprache nicht bekannt und dementsprechend wird ihm als der umfassenden Bezeichnung für die Rechtsstellung des Gesellschafters keine selbständige rechtliche Bedeutung zugemessen. Üblicherweise begnügt man sich damit, die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten eines Gesellschafters in Herrschaftsrechte bzw. -pflich-

¹⁵) Die noch h. L. lehnt eine echte Übertragbarkeit der Mitgliedschaft ab, vgl. das bei Siebert, GV u. ErbR Anm. 20 aufgeführte Schrifttum

¹⁶) Hallermann, Diss. 115 f, anscheinend RGZ 170, 392 (394) u. RGZ 172, 199 (204)

¹⁷) BGHZ 22, 186 (191), ebenso Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 139 Anm. 5, Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 21, Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm. 162, Siebert, GV u. ErbR 19 f, StJB 319, Liebisch a.a.O. 130 ff

¹⁸) Hueck, OHG 262, DNotZ 1952, 550 (554)

§ 1. Zugehörigkeit der Mitgliedschaft eines OHG-Gesellschafters

ten und Vermögensrechte zu unterscheiden¹⁹⁾. Zu den ersteren gehören das Recht auf Geschäftsführung, das Stimmrecht und Kontrollrechte. Diesen Rechten entspricht zumeist korrelativ verbunden eine Pflicht. Zu den Vermögensrechten zählt man den Anspruch auf den Gewinn, das Recht auf Entnahme und den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Daneben wird noch von dem Anteil am Gesellschaftsvermögen gesprochen. Bei dieser Einteilung beläßt man es. Als eine rechtliche Einheit wird die Mitgliedschaft nicht angesehen. Sie sei vielmehr die Summe der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten und könne damit nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein²⁰⁾.

Folgt man dieser Ansicht, so gehen mit dem Erbfall die einzelnen Gesellschafterrechte und -pflichten unmittelbar auf den Erben über. Die Universalsukzession ermöglicht diesen Übergang, so daß in der Person des Gesellschafter-Erben wieder die Mitgliedschaft hergestellt wird. Die theoretische Erklärung ist bestritten, und dementsprechend verschieden sind auch die praktischen Ergebnisse.

aa) Überwiegend wird die Ansicht vertreten, daß nur die vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten dem Erbrecht folgen²¹⁾. Dagegen seien die Mitverwaltungsrechte höchstpersönlicher Natur und an die Person des verstorbenen Gesellschafters gebunden. Sie erlöschen mit seinem Tod, entstehen aber mit dem Erbfall für den Gesellschafter-Erben „als Ausfluß seiner eigenen Gesellschafterstellung neu, selbständig und ursprünglich, nicht etwa vom Erblasser abgeleitet“²²⁾.

Folgt man dieser Ansicht, so kann man diese Rechte nicht zum Nachlaß zählen. Es handelt sich vielmehr dann um eigene Rechte des Erben, die der Testamentsvollstreckung nicht unterliegen.

Die Vermögensrechte dagegen gehören zum Nachlaß des Erblassers und unterliegen damit der Testamentsvollstreckung. Damit wird aber die Gesellschafterstellung willkürlich zerrissen.

Wenn dem verstorbenen Gesellschafter gerade im Hinblick auf seine besonderen Erfahrungen und Kenntnisse Rechte gewährt wurden, so mag es angehen, daß diese mit dem Tod des Gesellschafters erlöschen. Sie sind mit der Persönlichkeit des Verstorbenen derart verbunden, daß sie nicht als essentielle Elemente der Mitgliedschaft

¹⁹⁾ Hueck, OHG 166

²⁰⁾ So jedenfalls Holch, der damit wohl treffend die h.M. wiedergibt, Diss. 28, 36, 123, Buchwald, JR 1955, 174, Schlegelberger-Geßler, § 130 Anm. 13

²¹⁾ RG DNotZ 1936, 209 unter Nr. 14, Michaelis, ZAKfDR 1943, 233, Donner, DR 1943, 1205 (1208), DNot 1944, 143 (150), Schlicht, NJW 1954, 985, Wolf, NJW 1954, 1549

²²⁾ Donner, DNotZ 1944, 143 (150)

1. Nachlaß und Rechtsstellung des TV

anzusehen sind²³⁾. Für die Mehrzahl der Rechte, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, trifft das aber nicht zu. Sie sind notwendig mit der Stellung des Gesellschafters in der Gesellschaft verbunden. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum die Informations- und Kontrollrechte zwingend an ihrem Träger haften sollen, wenn man sie im Ergebnis doch nachher bei anderen Personen wiederfindet, lediglich mit der anderen Begründung, sie seien in deren Person neu entstanden²⁴⁾.

Wenn das Wiederaufleben der höchstpersönlichen Rechte damit erklärt wird, daß sie ja auf Grund des Gesetzes jedem Gesellschafter zustünden²⁵⁾, so ist dagegen einzuwenden, daß der Erbe ja erst Gesellschafter wird, wenn man anerkennt, daß sämtliche Mitgliedschaftsrechte und -pflichten auf ihn übergegangen sind. Der alleinige Übergang der vermögensrechtlichen Gesellschafterrechte macht den Erben noch nicht zum Gesellschafter einer OHG. Gehen die Mitgliedschaftsrechte mit dem Tod des Gesellschafters unter, so können sie nur durch den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages mit den übrigen Gesellschaftern neu begründet werden. Dann ist aber eine unmittelbare Nachfolge in die Gesellschafterstellung des Erblassers ausgeschlossen²⁶⁾. Man kann dann nur von einem mittelbaren Übergang der Mitgliedschaft sprechen.

bb) Deshalb gehen nach einer anderen Auffassung auch die persönlichen Mitgliedschaftsrechte durch Erbfolge auf den Gesellschafter-Erben über; durch die Nachfolgeklausel werden die einzelnen Mitgliedschaftsrechte vererblich gemacht²⁷⁾. Damit erscheint das Problem gelöst. Auf Grund der Universalsukzession gehen sämtliche Mitgliedschaftsrechte und -pflichten auf den Erben, der damit ohne sein Zutun die Mitgliedschaft als Summe dieser Rechte und Pflichten erlangt, über.

Im Hinblick auf § 1922 BGB könnte man Bedenken haben, ob die Mitverwaltungsrechte durch die Erbfolge übergehen können. Aber hier hilft man sich mit einer Gesamtschau der Gesellschafterstellung und verweist auf den überwiegend vermögensrechtlichen Charakter der Mitgliedschaftsstellung²⁸⁾.

Folgt man dieser Ansicht, so ist die Bindung der Gesellschafterrechte und -pflichten an den Gesellschaftszweck bei der Vererbung rechtlich ohne Bedeutung. Der automatische Übergang der einzelnen

²³⁾ Hueck, OHG 264, Siebert, GV u. ErbR Anm. 28, Liebisch a.a.O. 132 mit weiteren Nachweisen

²⁴⁾ Weiler, DNotZ 1952, 283 (288)

²⁵⁾ Donner, DR 1943, 1205 (1208)

²⁶⁾ Ähnlich anscheinend Götz, Diss. 14

²⁷⁾ Sommer, DNotZ 1936, 937 (941), Holch, Diss. 45 u. 30 ff, der sich aber zu Unrecht auf Siebert beruft und m. E. auch Liebisch mißverst.

²⁸⁾ Holch, Diss. 34

§ 1. Zugehörigkeit der Mitgliedschaft eines OHG-Gesellschafters

Rechte und Pflichten stellt dann als Summe die soziale Vinkulierung wieder her. Das aber bleibt geheimnisvoll und kann nicht als eine saubere Erklärung dieses Vorgangs angesehen werden. Der Ausgangspunkt dieser Lehre ist, daß die nichtübertragbaren Rechte und Pflichten (§ 717 Satz 1 BGB) mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter übertragbar und vererblich sind²⁹⁾. Mag auch dahingestellt bleiben, ob der Wille der Gesellschafter dahin ging, die einzelnen Mitverwaltungsrechte vererblich zu machen, so ist doch nach der neuen Rechtsprechung des BGH³⁰⁾ und nach moderner Lehre³¹⁾ der Ausgangspunkt dieser Auffassung anfechtbar. Nach § 717 Satz 1 BGB sind die Gesellschafterrechte nicht übertragbar. Dieser Grundsatz soll zwingend sein, sofern nur ein Gesellschafterrecht, wie z. B. das Stimmrecht, übertragen wird. Wenn aber diese Rechte aus zwingenden Gründen nicht übertragbar sind, können sie auch für sich nicht Gegenstand der Erbfolge sein.

Dennoch soll es möglich sein, diese Mitgliedschaftsrechte insgesamt zu übertragen oder zu vererben, wenn die übrigen Gesellschafter zustimmen. Dann wird aber in Wahrheit nicht das einzelne Recht übertragen, sondern die Gesamtheit dieser Rechte und Pflichten. Es ist dann auch unzutreffend, die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft nur als die Summe der sich aus dem Gesellschafterverhältnis ergebenden schuldrechtlichen Rechte und Pflichten anzusehen³²⁾. Auch wenn man nicht der Ansicht des Bundesgerichtshofs und der neuen Lehre folgen will, kann man doch zumindest anerkennen, daß die Mitgliedschaftsrechte durch den Zweck der Gesellschaft verbunden sind und sich die Mitgliedschaft von ihnen auch qualitativ abhebt.

b) Die Mitgliedschaft als rechtliche Einheit

Daß der Gesetzgeber die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft als Rechtsbegriff nicht kennt, hat weitgehend historische Gründe. Als Erbgut des gemeinen Rechts wurde die Personengesellschaft lediglich als Schuldverhältnis angesehen und ihr sozialrechtlicher Charakter vernachlässigt. Zudem haben die Väter des BGB die Gesellschaft weitgehend individualrechtlich ausgestaltet³³⁾.

²⁹⁾ Holch, Diss. 129

³⁰⁾ BGHZ 3, 354 (357 ff), 20, 363 (364), LM Nr. 6 zu § 105 HGB

³¹⁾ Fischer in RGR-Komm. § 717 Anm. 3, 10, vgl. schon Dieckmann, Diss. 53 ff

³²⁾ Hier soll nur angedeutet werden, daß nach der Auffassung des BGH nicht mehr angenommen werden kann, daß nur die Mitgliedschaftsrechte und nicht die Mitgliedschaft vererbt wird. Die neue Lehre wird bei der Frage der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen von erheblicher Bedeutung sein, vgl. § 6

³³⁾ Hueck, OHG 34, Lehmann, NJW 1958, 1 (5)

1. Nachlaß und Rechtsstellung des TV

Es bestehen keine Bedenken, die Mitgliedschaft in einer OHG als ein selbständiges Rechtsgut anzusehen, das komplex personenrechtliche und vermögensrechtliche Elemente in sich trägt³⁴⁾. Durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages erwirbt jeder Gesellschafter eine persönliche Mitgliedschaft. Sie ist Ausdruck seiner Gesellschafterstellung. Während aber beim Verein und den anderen Körperschaftlichen Verbänden die Mitgliedschaft als eine selbständige Kategorie allgemein anerkannt ist, ist man sich bei den Personengesellschaften nicht schlüssig. Zumeist wird die Selbständigkeit der Mitgliedschaft beim Verein aus der Rechtsfähigkeit gefolgert, bei der Personengesellschaft scheint dagegen ihre Ausgestaltung als Schuldverhältnis entgegenzustehen.

Die Gesellschaft ist aber nicht nur ein Schuldverhältnis unter den Gesellschaftern, sondern zugleich eine „sozialrechtlich verbundene Personengemeinschaft“³⁵⁾. Mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages wird die Mitgliedschaft in der Personengesellschaft begründet, mit der die einzelnen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten untrennbar verbunden sind und der sie zu dienen bestimmt sind. Die schuldrechtlichen Beziehungen aus der Gesellschaft erhalten „dadurch ein besonderes Gesicht, daß sie in ein Gemeinschaftsverhältnis eingebettet sind“³⁶⁾.

Das BGB rechnet den Gesellschaftsvertrag zu den schuldrechtlichen Verträgen. Seinem individualistischen Charakter entsprechend, stellt es die sich aus der Gemeinschaft ergebenden Rechte und Pflichten in den Vordergrund³⁷⁾ und hat auch Befugnisse, kraft deren der Gesellschafter auf den gemeinschaftlichen Rechtskreis in bestimmter Weise einwirken kann, also nach heutiger Auffassung spezifisch mitgliedschaftsrechtliche Rechte und Pflichten³⁸⁾, schuldrechtlich ausgestattet³⁹⁾. Es hat aber dem Gemeinschaftsgedanken insoweit Rechnung getragen, als es in § 717 Satz 1 BGB die Sozialbezogenheit der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten anerkennt und die Übertragung der Ansprüche für unwirksam erklärt. Folgerichtig bestimmt § 719 Abs. 1 BGB, daß ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen kann.

Die Annahme, daß die Mitgliedschaft als eine rechtliche Einheit angesehen werden kann und damit Gegenstand der Vererbung ist, setzt nicht zwingend voraus, daß man auch ihre unmittelbare Über-

³⁴⁾ Liebisch a.a.O. 135 f

³⁵⁾ Larenz, Schuldrecht II, 240, ähnlich auch Hueck, OHG 34, Staudinger-Geiler, Anm. 19 vor § 705 BGB

³⁶⁾ Staudinger-Geiler, Anm. 19 vor § 705 BGB

³⁷⁾ Hueck, OHG 34

³⁸⁾ Larenz a.a.O. 241

³⁹⁾ vgl. § 713 BGB

§ 1. Zugehörigkeit der Mitgliedschaft eines OHG-Gesellschafters

tragbarkeit anerkennt⁴⁰⁾. Man ist sich heute im wesentlichen einig, daß mit Zustimmung aller Gesellschafter ein Mitgliederwechsel möglich ist, ohne daß die Gesellschaft aufgelöst wird oder sonst die Identität der Gesellschaft berührt wird. Weitgehend bestritten ist aber, ob ein derartiger Mitgliederwechsel durch unmittelbare Übertragung der Mitgliedschaft erfolgen kann. Siebert hat zwar ursprünglich behauptet, die Vererblichkeit der Mitgliedschaft setze voraus, daß man auch die echte Übertragbarkeit der Mitgliedschaft unter Lebenden vom Veräußernden auf den Übernehmenden anerkenne⁴¹⁾. Das ist aber nicht unbedingt erforderlich, wie Siebert später zugestanden hat. Die Stellung als Partner eines Vertragsverhältnisses lasse sich nach unserer Rechtsordnung sehr wohl vererben, auch wenn die Übertragung unter Lebenden nicht ohne weiteres möglich sei.

Wesentlich ist vielmehr allein, daß die Stellung eines Gesellschafters in der Gesellschaft durch die soziale Zweckbezogenheit der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten rechtlich als Einheit angesehen werden muß. Aus dieser Gegebenheit werden zumeist noch nicht die entscheidenden Schlüsse gezogen.

Durch die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag wird die Mitgliedschaft zu einem vererblichen Rechtsgut⁴²⁾. Die Gesellschafter aber brauchen sich nicht irgendeinen beliebigen Außenstehenden als Gesellschafter aufdrängen zu lassen und brauchen deshalb auch nicht jeden Erben als Nachfolger hinzunehmen. Der Gesellschaftsvertrag kann die Nachfolge auf bestimmte Personen oder wenigstens bestimmbare Personen beschränken⁴³⁾. Dann ist die Mitgliedschaft nicht schlechthin vererblich, sondern nur, wenn diese Personen Erben sind. Die Vererblichkeit wird dann personell beschränkt.

Die Mitgliedschaft wird durch das Erbrecht übertragen. Nach § 1922 BGB gehen mit dem Erbfall an sich nur Vermögensrechte über, doch bestehen keine Bedenken, auch persönliche Rechtsstellungen im Wege der Vererbung übergehen zu lassen⁴⁴⁾. Voraussetzung ist aber, daß Gesellschaftsvertrag und Erbrecht übereinstimmen. Ist im Gesellschaftsvertrag die Nachfolge in die Gesellschafterstellung personell beschränkt, so kann die Mitgliedschaft durch Gesamtnachfolge von Todes wegen nur dann übergehen, wenn diese Personen auch zu Erben eingesetzt sind.

⁴⁰⁾ Siebert, StbJB 319, im Ergebnis Liebisch a.a.O. 146; a. A. Siebert, GV u. ErbR 19, anscheinend Rehlinger, Diss. 28

⁴¹⁾ Siebert, GV u. ErbR 19

⁴²⁾ Siebert, GV u. ErbR 19, StbJB 311, HF 325, Weiler, DNotZ 1952, 283 (287)

⁴³⁾ Siebert, GV u. ErbR 19, Liebisch a.a.O. 150

⁴⁴⁾ Siebert, GV u. ErbR 20, StbJB 317, 319, NJW 1955, 809 (810), Hueck, OHG 264, Kipp-Coing § 91 IV 4d, Schlegelberger-Geßler, § 131 Anm. 23, Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm. 162, Liebisch a.a.O. 132

III. Die Mitgliedschaft als Teil des Nachlasses

Damit ist die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft bei einer Nachfolgeklausel Gegenstand der Erbschaft und gehört mithin auch zum Nachlaß⁴⁵⁾. Gerade letztere Folgerung ist aber bestritten. Das Reichsgericht hat in seinen beiden Entscheidungen⁴⁶⁾, die sich mit der Möglichkeit einer Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen beschäftigen, die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung damit verneint, daß die Beteiligung an einer Personengesellschaft nicht zum Nachlaß des Erblassers gehört. Der Machtbereich des TV sei grundsätzlich auf den Nachlaß beschränkt und erstrecke sich nicht auf die nicht ausschließlich in den Bereich des Nachlasses fallenden Rechtsbeziehungen des Erben, wie die Rechtsstellung des Erben aus der Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung des Erblassers. „Die Rechtsstellung, die der Erbe mit dem Eintritt in die OHG erwirbt, beruht zwar auf der Erbfolge, ihr Inhalt bestimmt sich aber nicht nach den Grundsätzen des Erbrechts, sondern sowohl im Innen- und Außenverhältnis als auch personen- und vermögensrechtlich ausschließlich nach Gesellschaftsrecht“⁴⁶⁾. Das Reichsgericht ergänzt dann in seiner Entscheidung vom 10. 1. 1944 seine Begründung dafür, daß die Beteiligung an einer Personengesellschaft nicht der Testamentsvollstreckung unterliegt: „Entscheidend ist vielmehr allein, daß die erwähnten gesellschaftlichen Befugnisse nicht in den Bereich des Nachlasses fallen.“⁴⁷⁾

Diese Entscheidungen des Reichsgerichts haben im Ergebnis weitgehend Zustimmung gefunden. Dagegen ist die Begründung des Reichsgerichts vielfach beanstandet und abgelehnt worden. So wirft z. B. Siebert dem Reichsgericht vor, es habe das Verhältnis zwischen Gesellschaftsvertrag und Erbrecht mit einer allgemeinen Formel bestimmt und die Kompetenzabgrenzung in ihrem materiellen Kern zugunsten des Gesellschaftsrechts zu weit gezogen, wenn es die Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben ihrem Inhalt nach ausschließlich nach Gesellschaftsrecht beurteile⁴⁸⁾. Diese Kritik wendet sich zunächst dagegen, daß das Reichsgericht auch in diesen beiden Entscheidungen offenbar davon ausgeht, daß sich die Rechtsnachfolge doch irgendwie außerhalb des Erbrechts vollziehe. Es bleibt aber in den Entscheidungen des Reichsgerichts unklar, worauf das Reichs-

⁴⁵⁾ Siebert, HF 325, Buchwald, AcP 154, 22, O. Möhring, 130 f, Sommer, DNotZ 1936, 937 (940 unter II), Weiler, DNotZ 1952, 283 (287 f), Holch, DNotZ 1958, 282, Diss. 63, Götz, Diss. 13, Rehlinger, Diss. 38, 60, Schilling a.a.O. 213; a. A. Hackl, Diss. 69 bis auf die übertragbaren Rechte (im Widerspruch zu Diss. 92), Hallermann, Diss. 115

⁴⁶⁾ RGZ 170, 392 (394) mit zust. Anm. von Dietrich, DR 1943, 807, RGZ 172, 199 (202)

⁴⁷⁾ RGZ 172, 199 (204)

⁴⁸⁾ Siebert, GV u. ErbR 1

§ 1. Zugehörigkeit der Mitgliedschaft eines OHG-Gesellschafters

gericht die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung stützt. Bei einer Nachfolge, die sich außerhalb des Erbrechts vollzieht, wäre eine Zugehörigkeit zum Nachlaß notwendig ausgeschlossen.

Aber auch wenn das Reichsgericht von der Vererblichkeit der Mitgliedschaft ausgegangen ist, so kann es die Nachlaßzugehörigkeit der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten deshalb verneint haben, weil dies aus der Eigenart der Stellung des Gesellschafter-Erben folgt. Beide Möglichkeiten enthält die Begründung des Reichsgerichts.

Aus einer Sonderstellung der Mitgliedschaft will auch Liebisch Folgerungen für die Nachlaßzugehörigkeit ziehen.

Zutreffend geht er davon aus, daß der Wesenskern der Mitgliedschaft darin liegt, daß die verschiedenartigen (vermögensrechtlichen und personenrechtlichen) Bestandteile zu einer fest geschlossenen Einheit zusammengefügt sind⁴⁹⁾. Deshalb sei sie nicht lediglich Vermögensojekt⁵⁰⁾, sondern habe wegen ihres personenrechtlichen Gehalts schon im Gesamtvermögen des Erblassers eine Sonderstellung, sie sei ein Sondergut, das sich rechtlich von seinem sonstigen Vermögen abhebt. „Die bei der Erbfolge fortdauernde Bindung der Mitgliedschaft an die Gesellschaft bewirkt, daß sie trotz ihrer Vererblichkeit und somit ihrer Zugehörigkeit zur Erbschaft nicht zum Nachlaß gehört“⁵¹⁾. Um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, seine Auffassung benachteilige die Nachlaßgläubiger, sagt er, die Sondergutsnatur könne die Mitgliedschaft so wenig wie vorher beim Erblasser davor bewahren, Vollstreckungsobjekt zu sein⁵²⁾. „Wo aber die Beteiligung nicht als Vollstreckungsobjekt in Betracht kommt, hat ihre Sondergutsnatur die vollständige Ausklammerung aus dem Nachlaß zur Folge“⁵³⁾. Deshalb ist nach Auffassung Liebischs die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft dem Machtbereich des TV entzogen. Er begegnet sich dabei mit der Begründung des Reichsgerichts. Doch wirft er ihm vor, die Beziehungen zwischen der Mitgliedschaft und dem sonstigen Vermögen des Gesellschafters an einem zu späten Zeitpunkt, nämlich nach dem Erbfall, geprüft zu haben. Die Grundfrage müsse schon für den Erblasser gestellt werden, und die Mitgliedschaft empfange ihre Eigenschaft als Sondergut bereits in seiner Person⁵⁴⁾. Die Eigenschaft als Sondergut sei somit nicht bloß eine aus erbrecht-

⁴⁹⁾ Liebisch a.a.O. 135 ff gegen 146

⁵⁰⁾ Liebisch a.a.O. 136

⁵¹⁾ Liebisch a.a.O. 137, zustimmend Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm. 162

⁵²⁾ Liebisch a.a.O. 138

⁵³⁾ Liebisch a.a.O. 139

⁵⁴⁾ Liebisch a.a.O. 139, 140, 145

1. Nachlaß und Rechtsstellung des TV

lichen Gründen abgeleitete Folge der Vererbung, sondern wird selbst vererbt, so daß aus ihr nur die entsprechenden Folgerungen im Rahmen der Erbfolge zu ziehen seien.

Nach Auffassung Liebischs gehören zum Nachlaß demzufolge nur Vermögensteile, die nichts als Geldwert haben. Er wendet sich deshalb auch gegen die synonyme Verwendung der Begriffe „Erbschaft“ und „Nachlaß“⁵⁵⁾. Eine derartige Verengung des Nachlaßbegriffes ist aber eine *petitio principii*, aus der sich rechtliche Folgerungen nicht ziehen lassen. Das Gesetz stellt keine begrifflichen Kriterien für eine derartige Differenzierung auf. Die beiden Begriffe werden deshalb im rechtswissenschaftlichen Sinne synonym für das Vermögen des Erblassers verwendet⁵⁶⁾.

Auch wenn die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft als Sondergut anzusehen wäre, kann doch nicht die Zugehörigkeit zum Vermögen des Erblassers und damit grundsätzlich zu seinem Nachlaß geleugnet werden, wenn man ihre Vererblichkeit anerkennt. Rein begrifflich wäre es aber gedacht, wenn man aus der Zugehörigkeit zum Nachlaß den Schluß ziehen wollte, daß deshalb auch die Testamentsvollstreckung zur Anwendung kommen müsse⁵⁷⁾; die Zugehörigkeit zum Nachlaß ist stets relativ zu verstehen. So fällt die Gesellschaftsbeteiligung, soweit die Vorschriften über die Erbgemeinschaft in Frage stehen, nicht in deren Nachlaß, da die Erbgemeinschaft gesellschaftsrechtlich nicht nachfolgefähig ist⁵⁸⁾. Man kann also nur sagen, daß die Mitgliedschaft an sich in den Nachlaß fällt, da die Nachfolge erbrechtlich vermittelt wird. Gegenstand dieser Untersuchung ist es aber gerade festzustellen, ob die Gesellschaftsbeteiligung auch im Rahmen der Regeln über die Testamentsvollstreckung zum Nachlaß gehört und damit dem Machtbereich des Testamentsvollstreckers unterliegt. Das ist zu verneinen, wenn der Testamentsvollstrecker gesellschaftsrechtlich nicht verwaltungsfähig ist. Dabei wird zu untersuchen sein, ob der Testamentsvollstrecker die Rechte der Gesellschafter-Erben als Vertreter ausüben kann oder ob dem nicht das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander entgegensteht. Ferner wird zu klären sein, wie sich die grundsätzlich beschränkte Haftung des Erben für Verbindlichkeiten des Testamentsvollstreckers mit dem Erfordernis der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter für Schulden der OHG verträgt. Wesentlich wird auch sein, ob die Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Testamentsvollstrecker nicht einer Abspaltung der Mitgliedschaftsrechte von der Mitgliedschaft gleichkommt.

⁵⁵⁾ Liebisch a.a.O. 138

⁵⁶⁾ Mot. 5, 603, Kipp-Coing, § 1 III 1

⁵⁷⁾ So aber Weiler, DNotZ 1952, 283 (297)

⁵⁸⁾ Siebert, GV u. ErbR 21

§ 2. Die Rechtsstellung des TV im allgemeinen

Die Feststellung, daß die Mitgliedschaft zum Nachlaß des verstorbenen Gesellschafters gehört, bedeutet also lediglich, „daß grundsätzlich alle an die Nachlaßeigenschaft anknüpfenden Normen Anwendung finden, soweit sie mit dem Wesen der Mitgliedschaft vereinbar sind“⁵⁹⁾.

§ 2. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen

Zunächst muß die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen umschrieben werden, um festzustellen, wie sich die Testamentsvollstreckung in das Gesellschaftsrecht einbauen läßt.

I. Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist es, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen, § 2203 BGB. Er ist also Vollstrecker des letzten Willens. Dementsprechend können seine Aufgaben und Befugnisse mannigfaltig sein. Seine Stellung wird weitgehend durch das Testament bestimmt. Doch hat das Gesetz es dem Erblasser nicht gestattet, die Stellung des TV nach Belieben zu gestalten. Von der normalen gesetzlichen Regelung kann der Erblasser nur in bestimmtem, wenn auch sehr weitem Umfang abweichen (§§ 2208, 2209, 2210 BGB). Wenn der Erblasser einen TV einsetzt, damit dieser eine OHG-Beteiligung verwalten soll, so wird es sich in der Regel nicht um eine bloße Abwicklungsvollstreckung handeln. Dem Erblasser wird es vielmehr darauf ankommen, daß der Testamentsvollstrecker über einen bestimmten Zeitraum den Nachlaß oder aber nur die Gesellschaftsbeteiligung verwaltet, weil er die Erben vielleicht für unerfahren hält oder ihnen die Mühe der Verwaltung abnehmen will. Der Erblasser wird also eine sog. Verwaltungsvollstreckung anordnen (§§ 2209, 2210 BGB).

Zur Erfüllung seiner Aufgaben hat der TV das Recht, den Nachlaß bzw. den Nachlaßgegenstand zu verwalten, § 2205 BGB. Er kann über Nachlaßgegenstände entgeltlich verfügen, § 2205 Satz 2 und 3 BGB, und ist sogar berechtigt, Verbindlichkeiten für den „Nachlaß“ einzugehen, §§ 2206, 2207, 2209 Satz 2 BGB.

Dem Erben ist es verwehrt, über Nachlaßgegenstände, die der Verwaltung des TV unterliegen, zu verfügen, § 2211 BGB. Das bedeutet eine erhebliche Belastung des Erben.

Die TV ist ihrem Charakter nach auf Vermögensrechte zugeschnitten und berücksichtigt nicht die vererblichen Mitgliedschaftsrechte. Wenn diese weitgehend Vermögenscharakter haben, wie z. B. die Aktie, die in einem Wertpapier verbrieft ist, ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Anders verhält es sich, wenn die Mitgliedschaft zum größeren Teil persönlichkeitsbezogen ist.

⁵⁹⁾ Siebert, GV u. ErbR 43, NJW 1955, 809 (810), Buchwald, AcP 154, 22 (23)

1. Nachlaß und Rechtsstellung des TV

Dann ergeben sich aus der Trennung von Rechtsträgerschaft und Rechtsausübung große Schwierigkeiten. Um diese Fragen besser herauszuarbeiten, ist es notwendig, die Eigenart der TV dogmatisch zu erfassen.

II. Die rechtliche Konstruktion des Testamentsvollstreckers ist wissenschaftlich erheblich bestritten. Da man sich über die Wirkungen der Testamentsvollstreckung im wesentlichen einig ist und dem Gesetzgeber bestätigt wird, daß es ihm gelungen sei, „Klarheit in ein dunkles Institut zu bringen“ (Mot. 5, 236)¹⁾ handelt es sich im Grunde genommen um einen theoretischen Streit. Im wesentlichen stehen sich zwei Auffassungen gegenüber: die sog. Amtstheorie und die sog. Vertretertheorie²⁾. Der Gesetzgeber hat sich einer prinzipiellen Vorschrift enthalten und „überläßt es der Wissenschaft, aus den aufgestellten Vorschriften das Endergebnis zu ziehen“³⁾.

Nach der Vertretertheorie⁴⁾ ist der TV der gesetzliche Vertreter des Erben. Das vom TV getätigte Rechtsgeschäft entfaltet unmittelbar Rechtswirkungen für und gegen den Erben. Man wirft dieser Theorie vor, der TV werde nicht allein im Interesse der Erben tätig und handle nicht im fremden Namen, sein Handeln „berührt die Rechtssphäre des Vermögensinhabers nicht, weil der Verwalter im Namen des Vermögensinhabers handelt, sondern weil das verwaltete Vermögen dem Inhaber gehört“⁵⁾. Insbesondere sei unerklärlich, warum bei Annahme von Vertretung der Erbe von der Herrschaft über die Nachlaßgegenstände ausgeschlossen sei.

Es wird deshalb herrschend die sog. Amtstheorie vertreten. Nicht als gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter des Erben führe der TV die Verwaltung, sondern kraft eigenen Rechts als Träger eines privatrechtlichen Amtes⁶⁾. Der TV handle im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen den Erben als Vermögensträger. Andererseits wird aber zugestanden, daß der TV „sich als solcher bezeichnen muß, wenn er vermeiden will, daß er aus den Rechtsgeschäften, die er in seiner Eigenschaft als TV vornimmt, persönlich haftbar ge-

¹⁾ Strohal, Erbrecht I 266

²⁾ Vgl. zu weiteren Auffassungen Staudinger-Dittmann, Vorbem. 12, Hackl, Diss. 6 ff

³⁾ Mot. 5, 217

⁴⁾ Rosenberg, ZPR § 39 II 3, Staudinger-Herzfelder, Vorbem. F 2, 3, Lent, ZZP 62, 189, O. Möhring, 165 ff, 236

⁵⁾ Dölle, Festschrift f. Schulz II 268 (273)

⁶⁾ RGZ 132, 138 (142) = JW 1931, 3073 (3075), BGHZ 13, 203 (205), Planck-Flad, Vorbem. 2 vor § 2197, Staudinger-Dittmann, Vorbem. 13, 15, Palandt-Rechenmacher, Einf. vor § 2197 Anm. 1, v. Lübtow, JZ 1960, 151

§ 2. Die Rechtsstellung des TV im allgemeinen

macht wird⁷⁾). Dann kann man aber nicht von einem Handeln im eigenen Namen sprechen⁸⁾).

Um diesen Schwierigkeiten aus dem Weg zu gehen, modifiziert Dölle die Amtstheorie und führt einen dritten Begriff des Handelns ein, das sog. neutrale Handeln⁹⁾). Der Verwalter handle nicht subjektiv, sondern objektbezogen, weder für sich noch für ein bestimmtes anderes Subjekt, sondern als Verwalter über ein Sondervermögen. Er habe mit seiner Einwirkung auf das ihm anvertraute Objekt kollidierende Interessen auszugleichen. in diesem Sinne also neutral tätig zu sein¹⁰⁾). Die Heraushebung dieser Fälle erscheint durchaus zutreffend. Doch ist mit der Bildung dieses Begriffes nicht viel gewonnen. Er ist ein Bild, kann aber nicht als Begriff angesehen werden, der unmittelbar rechtliche Folgen erklärt. Die von Dölle vorgeschlagene Lösung scheitert insbesondere daran, daß das Recht Sondervermögen nicht verselbständigt, sondern rechtliche Wirkungen nur immer in bezug auf Personen kennt. Ferner ist zu berücksichtigen, daß der Erbe von der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten nicht unbedingt frei ist. Man muß sich mit dem Problem auseinandersetzen, daß also den Erben die Handlungen des TV treffen.

Wie schon angedeutet, lassen sich aus diesem unfruchtbaren Theorienstreit praktische Folgen nicht ableiten. Nur von Möhring¹¹⁾ wird die Auffassung vertreten, daß die Zulässigkeit der TV an einer Gesellschaftsbeteiligung davon abhängt, welcher Theorie man folge. Da er die Vertretungstheorie oder, wie er sie besser nennen will, die Ermächtigungstheorie für richtig hält, kommt er zu dem Ergebnis, daß der TV auch die mitgliedschaftlichen Rechte ausüben könne. Nach der Vertretertheorie bestände kein Unterschied zwischen TV und Vormund¹²⁾). Damit seien die „Schwierigkeiten, die sich aus der Amtstheorie und aus der scheinbaren Divergenz zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Recht früher ergaben, als beseitigt und geklärt anzusehen“¹³⁾). Da der TV Vertreter der Erben sei und nicht Partei kraft Amtes, könne er nach dem Inhalt und Umfang seiner Vertretungsbefugnis auch Gesellschaftsrechte aus OHG- und Kommanditgesellschaftsverträgen ausüben, selbst wenn es sich um persönliche Rechte handle¹⁴⁾). Diese Begründung darf rundweg als

7) Planck-Flad, Vorbem. 2 a. E. vor § 2197, Staudinger-Dittmann, Vorbem. 15

8) So auch Siber, IherJB 67, 81 (102)

9) Dölle, Festschrift f. Schulz II, 268, ihm folgend Kipp-Coing, § 66 III, § 97 VI 1 a mit dem Vorschlag „Handeln als treuhänderischer Vermögensverwalter“, § 97 Anm. 23

10) Dölle a.a.O. 273

11) Möhring, 165 ff, 236

12) Möhring, 168, 170

13) Möhring, 170

14) Möhring, 167

1. Nachlaß und Rechtsstellung des TV

falsch angesehen werden. Aus einer bloß begrifflichen Erklärung der Rechtsnatur des TV lassen sich solche Ergebnisse nicht begründen. Noch weniger können aus der Verschiedenheit der Theorien sachliche Unterschiede hergeleitet werden¹⁵⁾. Wollte man dies tun, würde man die bloß begrifflichen Erklärungsversuche mit dem Rang geltenden Rechts ausstatten. Die Probleme liegen viel komplizierter, als daß sie sich durch derartige Erwägungen aus der Welt schaffen ließen.

III. Der Theorienstreit über die Rechtsnatur der TV ergibt für die Lösung unseres Problems nichts. Er fußt zu einem großen Teil auf dem Versuch, die TV nur durch einen Begriff zu erklären. Verwaltungsrecht an einem fremden Vermögen kraft Amtes und Vertretungsmacht sind aber nicht unüberbrückbare Gegensätze¹⁶⁾. Da der TV kraft Amtes über Nachlaßgegenstände verfügen kann und berechtigt ist, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, erstreckt sich sein Verwaltungsrecht auf Rechtsgeschäfte, die in gewissem Umfang unmittelbar Wirkung für und gegen den Erben als Träger des Vermögens haben.

Wenn aber stets der Erbe und nicht der TV unmittelbar betroffen ist, enthält das Verwaltungsrecht auch die Rechtsmacht, für und gegen die Erben Rechtswirkungen hervorzurufen. Diese Möglichkeit, Rechte und Pflichten den Erben zuzuordnen, ist als Vertretungsmacht anzusehen. Sie ist aber gegenständlich auf den Nachlaß beschränkt und nur im Rahmen des Verwaltungsrechts gegeben. Der TV besitzt keine selbständige Vertretungsmacht¹⁷⁾, wie der elterliche Gewaltinhaber oder der Vormund. Er ist vom Erblasser als Vertrauensperson eingesetzt, damit er dessen Willen auch nach dem Tode verwirklicht. Zu diesem Zweck kann ihm aber nur das Vermögen des Erblassers, der Nachlaß, zur Verwaltung und als Haftungsgut überlassen werden. Die einfachste Lösung wäre eine Vertretungsmacht für und gegen den Nachlaß. Doch scheitert dieser Weg daran, daß dem Nachlaß keine Rechtspersönlichkeit zukommt. Außerdem ist nach der gesetzlichen Regelung das persönliche Vermögen grundsätzlich auch nicht frei von der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten, sondern nur dann, wenn der Erbe seine Haftung auf den Nachlaß beschränkt. „Das verwickelte System der unentschiedenen Haftungsbeschränkungen zwingt deshalb zu der Annahme einer unselbständigen Vertretungsmacht für den Eigner, die inhaltlich auf Verwaltungshandlungen und vermöge der dem Eigner gestatteten Rechtsbehelfe auch gegenständlich auf das verwaltete Gut beschränkt ist“¹⁸⁾.

¹⁵⁾ Weiler, DNotZ 1952, 282 (297)

¹⁶⁾ Siebert, HF 329, Siber, IherJb. 67, 81 (99), Müller-Freienfels, 23 Anm. 43

¹⁷⁾ Die Unterscheidung von selbständiger und unselbständiger Vertretungsmacht ist Siber, IherJb. 67, 81 ff entnommen

¹⁸⁾ Siber, IherJb. 67, 81 (209)

§ 3. Die Individualbezogenheit des Gesellschaftsverhältnisses

Der TV ist also auch als Vertreter des Erben anzusehen. Seine Vertretungsmacht ist aber nicht selbständig, sondern nur im Rahmen seines Verwaltungsrechts am Nachlaß gegeben. Sie ist gegenständlich beschränkt, der TV kann den Erben mit seinem persönlichen Vermögen nicht verpflichten.

Zweites Kapitel

Das Problem der gesetzlichen Testamentsvollstreckung an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

§ 3. Die Individualbezogenheit des Gesellschaftsverhältnisses

Durch die Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag wird die Mitgliedschaft vererblich und fällt damit in den Nachlaß des Erblassers. Dem TV ist eine gegenständlich beschränkte Vertretungsmacht gegenüber dem Erben gegeben, die es ihm ermöglicht, Rechtsgeschäfte für und gegen den Erben abzuschließen. Damit stellt sich das Problem, wieweit der TV die Mitgliedschaftsrechte an Stelle des Gesellschafters ausüben kann, wenn er nicht Gesellschafter in der OHG ist.

I. Allgemeines zur Problematik

Die Personengesellschaft beruht auf der konkreten Persönlichkeit ihrer Mitglieder. Weder die Mitgliedschaft als ganzes noch einzelne Mitgliedschaftsrechte können Nichtgesellschaftern ohne weiteres übertragen werden. Dementsprechend ist auch die Ausübung der Gesellschafterrechte an die Persönlichkeit der Gesellschafter gebunden und kann nicht anderen Personen überlassen werden. Ausgenommen sind die sog. vermögensrechtlichen Ansprüche, „die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt“, § 717 Satz 2 BGB. Diese Ansprüche entspringen aus der Mitgliedschaft und behalten auch ihren gesellschaftsrechtlichen Charakter. Sie sind aber nicht bestimmt, dem Gesellschaftszweck zu dienen, und sind deshalb nicht an die Mitgliedschaft gebunden¹⁾. Sie sind frei übertragbar und können auch durch Dritte ausgeübt werden. Ansonsten kann die Ausübung der Gesellschafterrechte und die Er-

¹⁾ Hueck, OHG 168 f

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

füllung der Mitgliedschaftspflichten nicht dritten Personen überlassen werden. Die übrigen Gesellschafter brauchen es sich nicht gefallen zu lassen, daß ein Nichtgesellschafter sich in die Angelegenheiten der Gesellschaft einmischt. Die persönlichkeitsgetragene Bindung unter den Gesellschaftern verbietet es, daß ein Nichtgesellschafter Rechte und Pflichten eines Gesellschafters wahrnimmt. Ein Gesellschafter kann also nicht ohne weiteres einen Außenstehenden zur Ausübung bevollmächtigen.

II. Das Problem der Individualbezogenheit bei der gesetzlichen und gewillkürten Vertretung

Die Individualbezogenheit unter den Gesellschaftern kann aber dann nicht mehr allein maßgebend sein, wenn einem Mitglied die Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten unmöglich ist. Das ist der Fall, wenn Mitglied eine juristische Person oder Handelsgesellschaft ist oder wenn der Gesellschafter geschäftsunfähig oder in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Dann übt der gesetzliche Vertreter für ihn sämtliche Mitgliedschaftsrechte aus²⁾. Die Interessen der übrigen Gesellschafter müssen insoweit zurückgestellt werden. Denn andernfalls wäre der Gesellschafter nicht in der Lage, seine Rechte auszuüben und seine Pflichten zu erfüllen; seine Gesellschafterstellung wäre wertlos, da sie nicht realisiert werden könnte. Der gesetzliche Vertreter hat die Fähigkeit, den Mangel der Handlungs- bzw. Geschäftsfähigkeit auszugleichen, zu ersetzen³⁾. Er vertritt die Persönlichkeit des Mitglieds, das nicht selbständig am Rechtsverkehr teilnehmen kann, und deshalb ist er auch berechtigt, die gesellschafterlichen Rechte auszuüben. Eine unzulässige Abspaltung einzelner Gesellschafterrechte kann darin nicht erblickt werden.

Bei der gewillkürten Stellvertretung dagegen kommt die Individualbezogenheit unter den Gesellschaftern zur Auswirkung. Die Mitgesellschafter brauchen es sich nicht gefallen zu lassen, daß ein Gesellschaftsfremder durch Vollmacht zur Ausübung von Gesellschafterrechten befähigt wird⁴⁾. Der höchstpersönliche Charakter der Gesellschafterrechte steht dem entgegen. Da diese rechtliche Ausgestaltung der einzelnen Mitgliedschaftsrechte ausschließlich dem Schutz und Interesse der übrigen Gesellschafter dient, können sie der Ausübung der Rechte durch einen Bevollmächtigten zustimmen und sie auch schon im Gesellschaftsvertrag zulassen⁵⁾. Der Bundes-

²⁾ RGZ 123, 289 (299) für die Organe einer AG, Hueck, OHG 192, Schlegelberger-Geßler, § 114 Anm. 4, § 125 Anm. 4, Weipert, § 114 Anm. 6, Siebert, StbJB 323

³⁾ Müller-Freienfels, 64

⁴⁾ Fischer in RGR-Komm. § 717 Anm. 2

⁵⁾ Fischer in RGR-Komm. § 717 Anm. 11

§ 3. Die Individualbezogenheit des Gesellschaftsverhältnisses

gerichtshof zieht der Dispositivität insoweit eine Grenze, als nicht auf dem Weg über die Vollmacht eine Abspaltung des betreffenden Verwaltungsrechts von der Mitgliedschaft herbeigeführt werden darf⁶⁾.

III. Das Problem der Individualbezogenheit bei der Testamentsvollstreckung

Der Testamentsvollstrecker hat am Nachlaß ein gesetzliches Verwaltungsrecht und den Erben gegenüber eine gesetzliche Vertretungsmacht. Von den üblichen gesetzlichen Vertretern unterscheidet er sich aber erheblich. Seine Vertretungsmacht ist dem Verwaltungsrecht am Nachlaß gegenüber unselbständig und gegenständlich beschränkt. Er ist auch nicht notwendig, um die fehlende Geschäftsfähigkeit der Vertretenen zu ersetzen, sondern er soll den letzten Willen des Erblassers ausführen und zu diesem Zweck sind ihm seine umfassenden Befugnisse unter Ausschaltung der Erben gegeben. Entscheidend für die Lösung des Problems ist, daß das Verwaltungsrecht des TV und damit seine Vertretungsmacht gegenüber den Erben nicht durch Gesetz angeordnet ist, sondern durch ein Rechtsgeschäft entsteht, nämlich durch Anordnung der TV durch letztwillige Verfügung. „Der Erblasser führt also — von der Gesellschaft her gesehen — das Verwaltungsrecht des TV willkürlich herbei. Unter diesen Umständen braucht die Gesellschaft die Mitwirkung Dritter nur in demselben Maß gegen sich gelten zu lassen, wie bei der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung eines Dritten“⁷⁾.

Aus der Individualbezogenheit der Gesellschafter untereinander folgt, daß der TV sein Verwaltungsrecht an der Mitgliedschaft nicht ausüben kann, wenn seine Legitimation lediglich auf der Berufung durch den Erblasser beruht.

Nach Michaelis⁸⁾ sind behördlich bestellte oder (wie der TV) als Vertrauensmann des Erblassers berufene Personen nicht als „Dritte“ in diesem Sinn anzusehen. Der richtige Gesichtspunkt sei vielmehr, „daß alle diese Verwalter soviel Rechte haben müssen, wie zur Durchführung ihrer Aufgaben nötig ist“⁹⁾. Diese These soll auch keineswegs grundsätzlich bestritten werden¹⁰⁾. Doch haben die Rechte

⁶⁾ BGHZ 3, 354 (359), 20, 363 (364)

⁷⁾ Siebert, StbJB 326, Barz, NJW 1947, 44 (45)

⁸⁾ Michaelis, ZAkfDR 1943, 234

⁹⁾ Zustimmend Weiler, DNotZ 1952, 283 (298) u. Holch, DNotZ 1958, 282 (296), aber nur für das Innenverhältnis zwischen TV und dem Erben (?)

¹⁰⁾ Ihr stimmt grundsätzlich auch Liebisch a.a.O. 139 Anm. 33 zu. Mit der Problematik hier braucht er sich aber nicht auseinanderzusetzen, da er die TV wegen mangelnder Nachlaßzugehörigkeit der Gesellschaftsbeteiligung ablehnt

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

des Verwalters zur Durchführung seiner Aufgabe in der Sondernatur des verwalteten Rechts ihre Grenzen. Deshalb kann dieser Auffassung nicht zugestimmt werden, da sie die Interessen der übrigen Gesellschafter nicht berücksichtigt. Kein Gesellschafter kann gegenüber seinen Mitgesellschaftern erzwingen, daß er seine Mitgliedschaftsrechte einem Nichtgesellschafter überlassen darf. Es ist nicht einzusehen, daß er von Todes wegen mehr erreichen kann als unter Lebenden, nämlich, daß die Gesellschafterrechte nicht durch einen Gesellschafter, sondern durch seine außerhalb der Gesellschaft stehende Vertrauensperson, den TV, wahrgenommen werden. Die Testierfreiheit des Erblassers und damit die Macht des TV scheitert an dem stärkeren Gesellschaftsrecht¹¹⁾.

Aus dem Wesen der Personengesellschaft folgt, daß eine Testamentsvollstreckung im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich zugelassen werden muß oder aber die Mitgesellschafter der Anordnung der TV zustimmen¹²⁾.

IV. Die Zulassung der Testamentsvollstreckung im Gesellschaftsvertrag

1. Ist die Mitgliedschaft nur bestimmten Personen gegenüber vererblich, so muß die Testamentsvollstreckung ausdrücklich zugelassen werden. Auch hierbei ist es möglich, daß nur eine bestimmte Person als Testamentsvollstrecker gesellschaftsrechtlich zugelassen wird. Es kann auch ein bestimmbarer Personenkreis genannt werden.

Schließlich ist es auch möglich, daß allgemein die TV zugelassen wird. Letzteres ist aber unwahrscheinlich, wenn die Mitgliedschaft nur bestimmten Personen gegenüber vererblich ist. Dann werden die Gesellschafter zumeist auch auf die Persönlichkeit des TV Wert legen.

2. Soll die Gesellschaft mit den Erben schlechthin fortgesetzt werden, ist die Mitgliedschaft also unbeschränkt vererblich, so wird vielfach die ausdrückliche Zulassung der TV durch die übrigen Gesellschafter für überflüssig gehalten¹³⁾. Durch die allgemeine Ver-

¹¹⁾ Holch, DNotZ 1958, 282 (284), Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 139 Anm. 12

¹²⁾ RGZ 172, 199 (207), Hueck, OHG 269, Kipp-Coing, § 68 III 2 c, Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 14, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 66, Soergel-Ehard-Eder, § 2205 Anm. 1, Kregel in RGR-Komm. § 2205 Anm. 1 b, Palandt-Rechenmacher, § 2205 Anm. 1 b, Schneider-Zartmann-Martin, 434, v. Godin, 118, Sommer, DNotZ 1936, 937 (941), Donner, DNotZ 1944, 143 (149), Weiler, DNotZ 1952, 283 (290, 291), Holch, DNotZ 1958, 283 (284, 298), Diss. 67 f, 105, Rehlinger, Diss. 72, Dietrich, DR 1943, 807 (808), Fischer, LM Nr. 1 zu § 2218 BGB, Siebert, StJB 326, HF 326

¹³⁾ Holch, DNotZ 1958, 282 (299), Diss. 109, 110, Sommer, DNotZ 1936, 937 (941), v. Godin, 118, anscheinend auch Kipp-Coing, § 68 III 2 c, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 66

§ 3. Die Individualbezogenheit des Gesellschaftsverhältnisses

erblichkeitsklausel sei auch die Zulassung einer TV schlüssig erklärt. Holch begründet diese Auffassung damit: Hätte der Erblasser in seinem Testament den TV auch als Erben einsetzen können, so müßten sich die Mitgesellschafter auch ein „weniger“ gefallen lassen, nämlich die Einsetzung dieser Person als TV.

Auch wenn die Gesellschafter die Auswahl des Nachfolgers dem Erblasser überlassen und ihnen insofern die konkrete Persönlichkeit des Nachfolgers gleichgültig ist, so besagt das noch nicht, daß sie auch damit einverstanden sind, daß ein Nichtgesellschafter die Mitgliedschaftsrechte für den Gesellschafter-Erben ausüben soll. Denn bei Anordnung einer TV wird die Inhaberschaft der Gesellschafterstellung von der Rechtsausübung getrennt. Wenn die Mitgliedschaft schon vererblich ist, so wird die Mitgliedschaft dadurch nicht schlechthin zu einem vererblichen und übertragbaren Gegenstand wie eine Sache oder eine schuldrechtliche Forderung, bei denen die Rechtsausübung auch einem Dritten überlassen werden kann. Sie behält auch weiterhin ihre Eigenart als Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft. Mag auch die Persönlichkeit des Nachfolgers der Bestimmung durch den Erblasser überlassen werden, so kann daraus nicht geschlossen werden, daß die Gesellschafter auch damit einverstanden sind, daß ein Nichtgesellschafter als TV an Stelle der Erben, die mit dem Erbfall Gesellschafter in der OHG werden, tätig werden soll¹⁴⁾. Holch sagt dazu selbst in einem anderen Zusammenhang: „Es hieße die Augen verschließen, wollte man übersehen, daß die überlebenden Gesellschafter weit leichter den Leibeserben ihres verstorbenen Mitgesellschafters akzeptieren, als einen noch so qualifizierten TV, an dessen Bestimmung sie nicht mitgewirkt haben“¹⁵⁾.

Also auch wenn die Mitgliedschaft durch eine allgemeine Nachfolgeklausel unbeschränkt vererblich ist, kann daraus grundsätzlich nicht geschlossen werden, daß auch die Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen TV schlüssig zugelassen ist. Es müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, die eine besondere Zulassung der TV im Gesellschaftsvertrag oder durch nachträgliche Zustimmung der Gesellschafter überflüssig erscheinen lassen. Solche werden nur dann anzunehmen sein, wenn im Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern generell die Möglichkeit eröffnet ist, sich bei der Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen Dritten vertreten zu lassen.

Der Ausübung der Gesellschafterrechte durch den TV steht zunächst die Individualbezogenheit der Gesellschafter untereinander entgegen, da die meisten und hauptsächlichen Mitgliedschaftsrechte höchstpersönlich sind, also nur von den Gesellschaftern selbst aus-

¹⁴⁾ KG DR 1943, 353 (354), Siebert, HF 327, Rehlinger, Diss. 73, Schneider-Zartmann-Martin, 434

¹⁵⁾ Holch, Diss. 67

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

geübt werden können. Doch wird das Gesellschafterverhältnis vom Prinzip der Vertragsfreiheit beherrscht, und da der Ausschluß der Nichtgesellschafter von der Ausübung der Gesellschafterrechte nur im Interesse der Mitgesellschafter besteht, kann der Gesellschaftsvertrag auch die Anordnung einer TV zulassen. Die Mitgesellschafter können auch noch nachträglich der TV zustimmen.

Die Individualbezogenheit der Gesellschafter steht also nicht zwingend dem Verwaltungsrecht des TV an der Mitgliedschaft in der OHG entgegen. Sie kann durch eine entsprechende Vereinbarung aufgehoben werden.

§ 4. Die Unvertretbarkeit der Organschaft

Aber nicht nur durch die Individualbezogenheit der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten, sondern auch dadurch ist die OHG gekennzeichnet, daß jeder Gesellschafter kraft Selbstorganschaft Geschäftsführer und Vertreter der OHG ist. Weil die Gesellschafter ihre Geschäfte selbst führen, spricht man von sog. Selbstorganschaft¹⁾.

Diese Organschaft steht nach der gesetzlichen Regelung jedem Gesellschafter zu: er hat das Recht und die Pflicht, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen, § 114 HGB, und ist zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt, § 125 HGB. Die Befugnis zur Geschäftsführung kann nur der Gesellschafter persönlich ausüben, er darf sie nicht einem Dritten überlassen oder sich durch ihn vertreten lassen²⁾. Vertreten werden kann die OHG zwar auch durch einen Prokuristen oder sonstwie Bevollmächtigten, aber organschaftliche Vertretung ist nur durch Gesellschafter möglich³⁾. In diesem Sinne kann man von einer Unvertretbarkeit der Organschaft sprechen.

Nach der Auffassung von Schilling⁴⁾ steht dieser Grundsatz der Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen Testamentsvollstrecker zwingend entgegen. Die Unvertretbarkeit der Organschaft sei ein allgemeiner Grundsatz des Gesellschaftsrechts und zudem ein unternehmensrechtlicher Grundsatz. Mit der unternehmensrechtlichen Verantwortung des geschäftsführenden Organs der Gesellschaft sei es nicht vereinbar, daß es in seiner organschaftlichen Stellung als Ganzes von einem Nichtorgan vertreten wird⁴⁾.

Der sog. Grundsatz der Unvertretbarkeit der Organschaft, wie Schilling ihn versteht, erweist sich indessen als komplex. Die Geschäftsführungsbefugnis ist nur ein Teil der gesellschafterlichen Rechte und Pflichten. Weil aber sämtliche mitgliedschaftlichen Rechte

¹⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht 8

²⁾ Hueck, OHG 86, Schilling, Festschrift f. W. Schmidt 208 (215)

³⁾ Hueck, OHG 173

⁴⁾ Schilling a.a.O. 215, vgl. ähnliche Gedanken bei v. Godin 119 hinsichtlich der Vertretungsmacht

§ 4. Die Unvertretbarkeit der Organschaft

und Pflichten bis auf die vermögensrechtlichen Ansprüche in § 717 Satz 2 BGB individualbezogen sind, kann ein Gesellschafter nicht die Geschäfte durch einen bevollmächtigten Nichtgesellschafter führen lassen. Ebensowenig kann ein verstorbener Gesellschafter das durch Anordnung einer TV erreichen. Doch gilt das nur aus Gründen der Individualbezogenheit. Da aber das Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander grundsätzlich von der Vertragsfreiheit beherrscht wird und die Geschäftsführungsbefugnis nur im Interesse der Mitgesellschafter höchstpersönlich ausgestaltet ist, kann der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmen. Wird die TV durch den Gesellschaftsvertrag zugelassen oder stimmen ihr die übrigen Gesellschafter zu, so bestehen insoweit keine Bedenken.

Anders dagegen ist die Frage zu beurteilen, ob die organschaftliche Vertretungsmacht vertretbar ist. Ein Nichtgesellschafter kann nicht zum Organ der Gesellschaft bestellt werden⁵⁾. Nur wenn ein Gesellschafter wegen mangelnder Handlungs- und Geschäftsfähigkeit nicht am Rechtsverkehr teilnehmen kann, übt sein gesetzlicher Vertreter für ihn die organschaftliche Vertretungsmacht aus⁶⁾. Sieht man von den Fällen rechtlich notwendiger Vertretung ab, ist der Grundsatz der Selbstorganschaft für die Personengesellschaft wesentlich und zwingend. Durch Vollmacht kann ein Gesellschafter einem Nichtgesellschafter niemals die Macht verleihen, ihn auch in seiner organschaftlichen Vertretung für die Gesellschaft zu vertreten. Das wäre mit dem Grundsatz der Selbstorganschaft unvereinbar. Bevollmächtigt ein Gesellschafter einen Dritten, ihn im Außenverhältnis zu Dritten zu vertreten, so handelt es sich niemals um eine organschaftliche Vertretung, die der Dritte ausübt, sondern lediglich um eine sehr weit gefaßte Vollmacht, die OHG zu vertreten, die ihm der Gesellschafter auf Grund seiner Einzelvertretungsmacht (§ 125 Abs. 1 HGB) erteilen kann. Durch Rechtsgeschäft kann einem Nichtgesellschafter nicht ermöglicht werden, organschaftliche Vertretungsmacht in einer Personengesellschaft auszuüben.

Da die TV auch durch ein Rechtsgeschäft angeordnet ist und damit die Vertretungsmacht des TV nicht zwingend im öffentlichen Interesse besteht, sondern letztlich willkürlich begründet ist, geht es nicht an, ihm als „gesetzlichen“ Vertreter des Erben organschaftliche Vertretungsmacht zuzugestehen⁷⁾. Als Nichtgesellschafter kann er niemals organschaftliche Vertretungsmacht besitzen. Doch dürfte daran eine Verwaltung des TV nicht scheitern, wenn er im übrigen die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten des Gesellschafter-Erben ausüben kann. Wenn die TV im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder

⁵⁾ Hueck, OHG 192, Schlegelberger-Geßler, § 125 Anm. 4

⁶⁾ Hueck, OHG 174

⁷⁾ Ähnlich v. Godin, 119

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

ihr die übrigen Gesellschafter zustimmen, wird zumeist in dieser Zulassung auch zugleich eine weitgehende Vollmacht des TV für die OHG zu erblicken sein, wenn er im übrigen seine Verwaltung rechtlich durchführen kann. Diese Generalvollmacht für die OHG ist dann aber selbständig begründet und keineswegs von der organschaftlichen Vertretung der Gesellschafter-Erben abgeleitet. Die Erben sind dadurch gesellschaftsrechtlich nicht von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen, aber sie können für diesen Fall durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen werden, § 125 Abs. 1 HGB.

Problematisch wird die Rechtslage nur dann, wenn der verstorbene Gesellschafter allein die Geschäftsführung und Vertretung der OHG hatte und der Gesellschaftsvertrag für seine Mitgliedschaft die Testamentsvollstreckung zugelassen hat. Wenn nicht der TV als Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt, wäre kein Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt. Es ist bestritten, ob durch den Gesellschaftsvertrag alle Gesellschafter von der Geschäftsführung und organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen werden können. Für die Geschäftsführung wird diese Frage bejaht, da das Gesellschaftsverhältnis von den Gesellschaftern nach Belieben gestaltet werden kann⁸⁾. Die OHG ist nicht notwendig eine Arbeitsgemeinschaft, wie der Ausschluß einzelner Gesellschafter von der Geschäftsführung lehrt. Mit dem Wesen der OHG steht der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der Geschäftsführung also nicht im Widerspruch.

Es ist deshalb auch möglich, daß beim Tode des allein geschäftsführenden Gesellschafters ein Nichtgesellschafter für die Gesellschafter-Erben die Geschäfte der OHG führt. Von hier aus bestehen keine Bedenken gegen die Anordnung einer Testamentsvollstreckung.

Anders verhält es sich bei der organschaftlichen Vertretung. Wenn der verstorbene Gesellschafter allein Vertretungsmacht für die OHG hatte und seine Erben bei Anordnung einer TV von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen sind, so wäre keiner der Gesellschafter zur Vertretung der OHG ermächtigt.

Hier wird der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der Vertretung von Hueck zu Recht verneint⁹⁾. Es geht nicht an, daß die Gesellschaft unter Umständen von niemanden vertreten werden kann. Eine derartige Bestimmung im Gesellschaftsvertrag kann dann allenfalls dahin ausgelegt werden, daß die OHG von sämtlichen Gesellschaftern gemeinsam organschaftlich vertreten wird. Der Aus-

⁸⁾ Hueck, OHG 72 f mit Schrifttum in Anm. 8; a. A. Schlegelberger-Geßler, § 114 Anm. 6

⁹⁾ Hueck, OHG 176, Schlegelberger-Geßler, § 125 Anm. 11; vgl. auch BGHZ 26, 333 sowie BGH JZ 1961, 89 mit Anm. von Hueck

§ 5. Das Problem der Haftung

schluß der Erben von der Vertretung der Gesellschaft wäre in diesem Fall gegenstandslos. Weitere Folgen für die Zulässigkeit der TV ergeben sich daraus nicht.

Der TV kann niemals organschaftlicher Vertreter der OHG sein. Doch wird dieser Umstand nicht von so erheblicher Bedeutung sein, wenn er im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern die mitglied-schaftlichen Rechte und Pflichten ausüben kann.

§ 5. Das Problem der Haftung

Auch wenn die übrigen Gesellschafter einer Testamentsvoll-streckung zustimmen, muß doch geklärt werden, ob die Mitglied-schaft in einer OHG auch im übrigen der TV in der vom BGB aus-gestalteten Form zugänglich ist, „ob die Rechtsstellung des TV ver-einbar ist mit der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, dessen Mitgliedschaft der TV unterliegt“¹⁾.

In den Vordergrund der Erörterungen wird zu Recht das Haf-tungsproblem gerückt¹⁾.

I. Die Haftung des Gesellschafter-Erben und Problemstellung

Mit dem Tode des Erblassers tritt der Erbe, soweit im Gesell-schaftsvertrag eine Vererblichkeitsklausel enthalten ist, unmittelbar in die Gesellschaft ein. Für die Verbindlichkeiten der OHG haftet er persönlich und unbeschränkt, sofern er nicht die Stellung eines Kommanditisten wählt oder sein Ausscheiden erklärt (§ 139 HGB), §§ 128, 130 HGB²⁾. Diese unbeschränkte Haftung des Gesellschafter-Erben bedarf keiner weiteren Erörterung, soweit es sich um Ver-bindlichkeiten handelt, die seit seiner Zugehörigkeit zur OHG be-gründet wurden. Dagegen soweit die Schulden vor seinem Eintritt eingegangen wurden, wird insbesondere von Julius von Gierke³⁾ die Auffassung vertreten, daß für diese sog. Altschulden der Gesell-schafter-Erbe nicht unbeschränkt, sondern nur nach den Grund-sätzen des Erbrechts, also auf den Nachlaß beschränkbar, haftet.

Die Gläubiger konnten nur mit der Vermögensmasse des Erb-lassers als zusätzlicher Haftungsmasse rechnen. Insbesondere lehnt er die Anwendung des § 130 HGB für diesen Fall ab und beschränkt ihn auf den Eintritt eines Gesellschafters durch Rechtsgeschäft unter

¹⁾ Siebert, HF 329, 330, Holch, DNotZ 1958, 282 (290), Diss. 87, Weiler, DNotZ 1952, 283 (293 ff)

²⁾ Hueck, OHG 275, Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 56, Weipert, § 139 Am. 22

³⁾ v. Gierke, Festgabe f. Wieland, 97 (98 ff, 112 ff)

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

Lebenden⁴⁾. Demgegenüber ist nach überwiegender Lehre⁵⁾ die erbrechtliche Möglichkeit der Haftungsbeschränkung durch den Grundsatz der unbeschränkten Haftung bei der OHG verdrängt. Der Erbe übernimmt nicht nur die Mitgliedschaft als Nachlaßgegenstand, sondern setzt sie zugleich auch als Gesellschafter fort. Damit unterliegt er der Sonderregelung (§ 130 HGB) des Gesellschaftsrechts; mit der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters ist es aber unvereinbar, daß ein Gesellschafter für einen Teil der Gesellschaftsschulden nur beschränkt haftet.

Für das Haftungsproblem in unserem Fall ist aber dieser an sich wesentliche Streit unerheblich. Der Testamentsvollstrecker soll erst nach dem Erbfall die Gesellschafterstellung verwalten und den Erben vertreten. Da seine Vertretungsmacht aber beschränkt ist, kann er Verbindlichkeiten nur für den Nachlaß eingehen, § 2206 Abs. 1 BGB. Das bedeutet nicht, daß etwa der Nachlaß als Rechtssubjekt haftet, sondern es heißt lediglich, wie sich aus § 2206 Abs. 2 BGB ergibt, daß der Erbe für diese Verbindlichkeiten nach erbrechtlichen Grundsätzen haftet, seine Haftung also auf den Nachlaß beschränken kann. Obwohl sie nach dem Erbfall begründet werden, sind sie doch lediglich als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen.

Überwiegend wird nun ausgeführt, daß eine derartige beschränkbare Haftung vom Gesellschaftsrecht her nicht möglich sei, da die unbeschränkte persönliche Haftung der einzelnen Gesellschafter zwingend vorgeschrieben sei, § 128 Satz 2 HGB⁶⁾. Weil der TV niemals die unbeschränkte persönliche Haftung des Erben begründen könne, diese aber notwendig mit der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in einer Personengesellschaft verbunden sei, sei eine TV an der Gesellschaftsbeteiligung undurchführbar⁷⁾.

II. Vergleich und Unterschied zur Rechtslage der Testamentsvollstreckung beim Einzelkaufmann

Dabei wird zumeist auf die ähnliche Situation bei der TV an dem Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns verwiesen⁸⁾. Der TV vermag

⁴⁾ Zustimmend Liebisch, ZHR 116, 128 (153 ff), Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm. 162

⁵⁾ Hueck, OHG 275, Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 56, Weipert, § 139 Anm. 22

⁶⁾ Hueck, OHG 254

⁷⁾ RGZ 170, 392 (394), 172, 199 (203), BGHZ 24, 106 (113), KG DNotZ 1955, 418, Kipp-Coing, § 68 III 2 c, Staudinger-Dittmann, Vorbem. 69, § 2205 Anm. 62, Kolb, DJ 1943, 327, Donner, DNotZ 1944, 143 (144), Fischer, LM Nr. 1 zu § 2218 BGB, Holch, DNotZ 1958, 282 (290), Diss. 87, Siebert, HF 329, 330, Schilling, Festschrift f. W. Schmidt, 208 (214), vgl. Buchwald, AcP 154, 22 (30), a. A. Weiler, DNotZ 1952, 283 (294 ff)

⁸⁾ KG DR 1943, 353 (354), Kipp-Coing, § 68 III 2 c, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 62, Donner, DNotZ 1944, 143 (144), Groschuff, JW 1938, 1361

§ 5. Das Problem der Haftung

nicht in seiner Eigenschaft und kraft seines Amtes als TV ein Handelsgeschäft zu führen. Das hat das Reichsgericht in RGZ 132, 138 ausgesprochen, und dem ist der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung in BGHZ 12, 100 unter Zustimmung des Schrifttums gefolgt. Da ein TV Verbindlichkeiten immer nur mit Wirkung für den Nachlaß eingehen und mithin nicht die Erben schlechthin persönlich verpflichten könne, entstehe ein Unternehmen mit lediglich beschränkter Haftung der Inhaber. Das sei aber „mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs völlig unvereinbar“⁹⁾.

Die Parallele zum Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns ist nicht von der Hand zu weisen; die OHG kann in gewisser Hinsicht als vertragliche Verbindung selbständiger Kaufleute angesehen werden¹⁰⁾. Sie wird sogar noch dadurch bekräftigt, daß bei der OHG die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter ausdrücklich im Gesetz vorgeschrieben ist (§§ 128, 130 HGB). Doch ergeben sich aus der Eigenart der OHG Besonderheiten, die nicht übersehen werden können und eine Gleichstellung mit der rechtlichen Beurteilung der TV beim Einzelkaufmann verbieten.

Selbst wenn man dem TV auch die Ausübung der organschaftlichen Vertretungsmacht des Gesellschafter-Erben überließe, würde im Rechtsverkehr zu Dritten jeweils nur die OHG berechtigt und verpflichtet werden, § 124 HGB. Für die Verbindlichkeiten der OHG haftet der Gesellschafter nach § 128 HGB. Durch ein derartiges Handeln des TV würde also unmittelbar nur die OHG verpflichtet werden. Nur sekundär über § 128 HGB würde er eine unbeschränkte Haftung des Gesellschafter-Erben begründen. Diese Haftung aber kann auch durch die anderen Mitgesellschafter herbeigeführt werden. Sie entsteht auch durch Rechtsgeschäfte, die Prokuristen oder Handelsbevollmächtigte für die Gesellschaft tätigen, obwohl deren Rechtsmacht nach dem gesetzlichen Regelfall nur von einem Gesellschafter allein erteilt zu sein braucht, da jeder Gesell-

(1362), Fischer, LM Nr. 1 zu § 2218 BGB, Holch, DNotZ 1958, 282 (290), Diss. 88, Siebert, HF 330, etwas anders Buchwald, AcP 154, 22 (29)

⁹⁾ RGZ 132, 138 (144) mit zust. Anm. von Bondi in JW 1931, 3073, zustimmend Hueck, ZHR 108, 1 (30, 31), Staudinger-Dittmann, Vorbem. 65 u. § 2205 Anm. 56, Kipp-Coing, § 68 III 2 b, Model, 195, Groschuff, JW 1933, 1361 (1362), BGHZ 12, 100 (102), KG JFG 18, 276 (279) = DJ 1939, 1006 mit zust. Anm. von Vogels, a. A. Goldschmit, JW 1931, 3057 (3058), Buchwald, AcP 154, 22 (29 f): die unbeschränkte Schuldenhaftung sei nichts dem Kaufmann Eigentümliches. Die TV an einem Handelsgeschäft hielt auch die alte Lehre vor RGZ 132, 138 für zulässig, vgl. Bondi, ZBH 1926, 308 (315) und die dort in Anm. 31 aufgeführten Autoren, von Bondi aber aufgegeben in JW 1931, 3073, OLG Dresden, JFG 15, 217 (221)

¹⁰⁾ Buchwald, AcP 154, 22 (29)

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

schafter grundsätzlich Einzelvertretungsmacht hat, § 125 HGB. Eine TV muß aber sogar im Gesellschaftsvertrag zugelassen werden oder bedarf doch der Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter. Die Legitimation des TV beruht mithin auf einer viel breiteren Basis. Es erscheint deshalb überaus fraglich, ob allein wegen der unbeschränkten Gesellschafterhaftung eine TV an der Mitgliedschaft eines Gesellschafters scheitert. Insbesondere ist zu berücksichtigen, daß für Rechtsgeschäfte, die der TV wirksam im Namen der OHG abschließen sollte, auch die übrigen Mitgesellschafter mit ihrer vollen Haftung eintreten müssen. Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß eine Ausübung organschaftlicher Vertretungsmacht durch den TV daran scheitert, daß er nicht Gesellschafter ist und die Organstellung des Gesellschafters insoweit unvertretbar ist¹¹⁾.

Es verbleibt dann immer noch die Frage der Haftung, wenn der TV die Mitgliedschaftsrechte des Gesellschafter-Erben im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern ausübt. Der TV würde dann als Vertreter der Erben tätig werden. Auch im Innenverhältnis hatten die Gesellschafter für die Erfüllung ihrer Pflichten grundsätzlich unbeschränkt. In diesem Umfang hat ein Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern gegenüber für die Deckung etwaiger Verluste der Gesellschaft einzustehen¹²⁾. Doch ist diese unbeschränkte Haftung für das Innenverhältnis der Gesellschafter nicht zwingend. Sie können vereinbaren, daß ein Gesellschafter im Innenverhältnis von der Haftung für Gesellschaftsschulden ganz oder doch teilweise befreit werden soll¹³⁾.

Demgemäß wäre es möglich, daß die Gesellschafter vereinbarten, daß Gesellschafter-Erben, für deren Mitgliedschaft TV angeordnet ist, im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern nur nach erbrechtlichen Grundsätzen für Verbindlichkeiten aus dem Gesellschafterverhältnis zu haften brauchen, also nur mit dem Nachlaß einzustehen haben. Ob eine derartige Vereinbarung bereits aus der Zulassung der TV im Gesellschaftsvertrag bzw. durch nachträgliche Zustimmung der Mitgesellschafter entnommen werden kann, wäre weitgehend ein Problem der Auslegung. Aber man wird, auch wenn die übrigen Gesellschafter sich bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages oder bei Zustimmung der Eigenart der TV bewußt waren, berücksichtigen müssen, daß ihre Zustimmung im allgemeinen ein Entgegenkommen gegenüber dem Erblasser bzw. dem Erben ist; die Gesellschafter wollen aber kaum ihrerseits Opfer bringen.

¹¹⁾ Vgl. oben § 4

¹²⁾ Darauf weist auch schon das RG in RGZ 170, 392 (394) hin

¹³⁾ Hueck, OHG 204

III. Lösung des Problems aus der beschränkten Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers (Die rechtliche Konkretisierung des Grundsatzes von Herrschaft und Haftung im Bereich des Testamentsvollstreckerrechts)

Damit scheinen die Bedenken gegen eine Ausübung der Gesellschafterrechte durch den TV vom haftungsrechtlichen Standpunkt nicht schwerwiegend zu sein. Dennoch hat gerade deshalb die Rechtsprechung und auch das überwiegende Schrifttum eine Anordnung der TV für die Mitgliedschaft in einer OHG für nicht möglich gehalten. In der Tat ist es insbesondere die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden, die einer Ausübung der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten durch den TV entgegensteht und damit die Anwendung der normalen Testamentsvollstreckung unmöglich macht. Es ist für die Erben untragbar, daß sie in Zusammenhang mit Gegenständen, die der TV unterliegen und auf die sie deshalb nicht Einfluß nehmen können (§§ 2205, 2211 BGB), mit der unbeschränkten Haftung belastet werden können. Der Testamentsvollstrecker kann niemals — mittelbar oder unmittelbar — eine unbeschränkte persönliche Haftung für die Erben begründen. Ihnen muß immer das Recht erhalten bleiben, die Beschränkung ihrer Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltend zu machen, § 2206 Abs. 2 BGB¹⁴).

Man könnte allerdings die Ansicht vertreten, daß bei der TV die erbrechtliche Möglichkeit der Haftungsbeschränkung durch den Grundsatz der unbeschränkten Gesellschafterhaftung ausgeschlossen sei. Weiler möchte in der Tat dem Testamentsvollstreckerrecht soweit nachgiebigen Charakter zuschreiben, „daß ihm kraft Verfügung des Erblassers auch solche Nachlaßverbindlichkeiten unterfallen dürfen, die zugleich eine Fernwirkung über den Nachlaß hinaus erzeugen“¹⁵). Weiler begründet seine Auffassung damit, daß zu den Nachlaßverbindlichkeiten auch die unbeschränkte Gesellschafterhaftung gehöre. Wähle der Erbe nicht die Stellung eines Kommanditisten, so sei der Verlust der Haftungsbeschränkung auch auf sein eigenes Verhalten zurückzuführen¹⁶). Eine derartige Begründung trifft aber nicht zu. Die unbeschränkte Gesellschafterhaftung kann schon aus logischen Gründen keine Nachlaßverbindlichkeit sein, weil sie und eine Haftung nach erbrechtlichen Grundsätzen sich ausschließen¹⁷). Die unbeschränkte Gesellschafterhaftung beruht auch nicht auf einem eigenen Verhalten des Erben, sondern ergibt sich

¹⁴) Vgl. oben Anm. 7

¹⁵) Weiler, DNotZ 1952, 283 (300), Donner, DNotZ 1944, 143 (146) für das Verhältnis TV und Erbe

¹⁶) Weiler a.a.O. 294 f., Rehlinger, Diss. 34, 35

¹⁷) Ablehnend auch Holch, DNotZ 1958, 282 (297), Diss. 103

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

aus der Vererbung der Gesellschafterstellung. Da der Erbe ohne sein Zutun Gesellschafter wird und damit die Übernahme der Gesellschafterhaftung nicht von seinem freien Willen abhängt, hat ihm der Gesetzgeber die Möglichkeit nach § 139 HGB eröffnet, die Stellung als Kommanditist zu wählen, um ihm wenigstens vom Gesellschaftsrecht her eine Beschränkung seiner Verpflichtungen zu ermöglichen. Wollte man die unbeschränkte Haftung des Gesellschafter-Erben auf die Nichtwahl der Kommanditistenstellung zurückführen, so würde man die Problematik geradezu auf den Kopf stellen. Man kommt also nicht um die Tatsache herum, daß die Gesellschaftsbeteiligung an einer OHG wesensgemäß auch den persönlichen Rechtsbereich des Erben erfaßt und über den Nachlaß hinaus greift¹⁸⁾. Eine TV an einer Mitgliedschaft bliebe also nicht auf den Nachlaß beschränkt, sondern berührte den Erben auch in seiner persönlichen Rechtsstellung. Weiler sieht darin allerdings kein Hindernis; es sei nicht einzusehen, warum dem Willen des Erblassers aus lediglich dogmatischen Gründen, die eine Berücksichtigung der billigen Interessenlage vermessen lassen, der rechtliche Erfolg versagt bleiben solle¹⁹⁾. Logisch zulässig sei auch der Schluß, daß der TV die Mitgliedschaftsrechte ausüben könne, weil die Mitgliedschaft zum Nachlaß gehöre. Die Entscheidung hänge allein davon ab, ob man die unbeschränkte persönliche Haftung oder die Nachlaßzugehörigkeit für ausschlaggebend halte. Wirtschaftlich interessengemäß gäbe der Vermögenswert der Beteiligung vor dem Haftungsrisiko bei der Einordnung den Ausschlag, „so daß der Schwerpunkt im Erbrecht und nicht im gesellschaftlichen Haftungsrecht liegt“²⁰⁾. Die TV sei damit wesensmäßig über den gesetzlichen Regelfall hinaus erweitert.

Diese Begründung überzeugt nicht, sie ist im wesentlichen nur begrifflicher Art, obwohl Weiler selbst eine begrifflich logische Darlegung ablehnt und auf wirtschaftliche Interessen verweist, und läuft auf eine *petitio principii* hinaus. Es ist ja gerade die Aufgabe der Untersuchung, nachzuweisen, ob die Mitgliedschaft in einer OHG zum Nachlaß im Sinne der Bestimmungen über die TV gehört. Es muß gerade deshalb vom Erbrecht her der Nachweis geführt werden, daß die Macht des TV über den Nachlaß hinaus auch die persönliche Rechtsstellung des Erben erfassen kann, da die Gesellschafterstellung in einer OHG wesensgemäß über den Nachlaß hinausgreift. Schon deshalb ist es falsch, davon zu sprechen, daß eine

¹⁸⁾ Darauf weisen auch das RG in RGZ 170, 392 (394) und das überwiegende Schrifttum hin

¹⁹⁾ Weiler a.a.O. 296

²⁰⁾ Weiler a.a.O. 297, 300, zustimmend Holch a.a.O. 296, Diss. 102 soweit das Hindernis des § 2206 BGB mit rechtlich einwandfreien Konstruktionen überbrückt werden kann

§ 5. Das Problem der Haftung

Rechtsausübung durch den TV möglich sei, weil der Schwerpunkt im Erbrecht liege. Wenn aber Weiler mit dieser Bemerkung dasselbe aussagen will wie Donner²¹⁾ mit der Wendung, der Gesellschafter-Erbe erhalte und besitze seinen Gesellschaftsanteil ja nicht aus eigener Arbeit oder eigenem Vermögen, sondern erhalte ihn unentgeltlich von seinem Erblasser und müsse sich deshalb gefallen lassen, daß er nicht beschränkbar haftet, so ist dem entgegenzuhalten, daß dies für alle Nachlaßgegenstände zutrifft und damit unmöglich die erbrechtlichen Haftungsbeschränkungen beiseite geschoben werden können, soweit ein TV den Nachlaß verwaltet. Im übrigen verkennt eine derartige Auffassung auch, daß der Gesellschafter-Erbe mit dem Erwerb der Mitgliedschaft ein eigenes rechtliches Risiko übernimmt und mit persönlichen Pflichten belastet wird²²⁾.

Der TV kann Verbindlichkeiten stets nur mit Wirkung für den Nachlaß eingehen, d. h. er kann die Erben nur mit dem Vorbehalt ihrer Haftungsbeschränkung verpflichten. Diese gegenständlich beschränkte Verpflichtungsmacht ist für den TV zwingend²³⁾. Sie kann keineswegs über den gesetzlichen Regelfall erweitert werden. Die rechtliche Situation ist eine wesentlich andere als bei der bloßen Vererbung der Mitgliedschaft. Denn bei dieser kann eine Haftung nach erbrechtlichen Grundsätzen nur für Verbindlichkeiten in Frage kommen, die die OHG vor dem Eintritt des Erben eingegangen ist. Soweit es sich um Verbindlichkeiten handelt, die danach begründet sind, haftet er sowieso als Gesellschafter. Die Gesellschaftsverbindlichkeiten vor dem Erbfall sind aber für den Erben bestimmbar, und da er die Gesellschaft als Gesellschafter fortsetzt, bestehen keine Bedenken, ihn ausschließlich nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen haften zu lassen²⁴⁾.

Übt dagegen ein TV unter Ausschluß der Erben die Mitgliedschaftsrechte in der Gesellschaft aus, so wäre der Erbe auch für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach dem Erbfall mit der unbeschränkten Haftung belastet, obwohl das Verwaltungsrecht beim TV liegt und dieser an sich Verbindlichkeiten nur mit Wirkung für den Nachlaß begründen kann. Daß der Gesetzgeber die Verbindlichkeiten, die der TV eingeht, zu den Nachlaßverbindlichkeiten rechnet, ist im wesentlichen ein technischer Kunstgriff. Wenn der Erbe für die Erblasserschulden und die anderen Erbfallsschulden mit der Maßgabe haftet, seine Haftung auf den Nachlaß beschränken zu können, so liegt dem der Gedanke zugrunde, daß den Gläubigern auch zu

²¹⁾ Donner, DNotZ 1944, 143 (146), zustimmend Holch a.a.O. 295, Diss. 99. Dagegen auch Rehlinger, Diss. 76

²²⁾ Siebert, HF 336

²³⁾ RGZ 170, 392 (394), Holch a.a.O. 294 f, Diss. 99, Siebert, HF 333

²⁴⁾ Vgl. oben Anm. 5

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

Lebzeiten des Erblassers nur dessen Vermögen als Haftungsmasse zur Verfügung stand und sie durch den Erbfall nicht besser gestellt werden sollen, dadurch, daß sie noch das persönliche Vermögen des Erben in Anspruch nehmen können. Bei der TV erklärt sich dagegen die Beschränkungsmöglichkeit der Erbenhaftung in erster Linie daraus, daß dem TV nur eine beschränkte Verpflichtungsmacht zusteht. Dem Erblasser ist es nicht in die Hand gegeben, den Erben auch mit seinem persönlichen Vermögen der Willkür des TV auszuliefern. Derartige Anordnungen würden nicht mehr durch den Grundsatz der Testierfreiheit gedeckt sein. Ordnet schon der Erblasser zur Ausführung seines letzten Willens eine TV an, so muß dem Erben stets die Möglichkeit erhalten bleiben, die Wirkungen aus der TV auf den Nachlaß zu beschränken. Weitergehende Folgen braucht der Erbe nicht hinzunehmen, da der TV sein Amt nicht im öffentlichen Interesse ausübt und ihm ansonsten auch kein ausreichender Schutz gegen Maßnahmen des TV gegeben wäre. Wenn zuweilen darauf verwiesen wird, daß der Erbe ja die Erbschaft ausschlagen könne, wenn er mit der TV nicht einverstanden sei²⁵⁾, so kann dieser Einwand als Gegenargument nicht überzeugen²⁶⁾. Es hieße das Kind mit dem Bade ausschütten, wollte man vom Erben verlangen, er müsse dann auf die Erbschaft verzichten; denn die TV ist nicht Selbstzweck. „Sie soll vielmehr nur die Ausführung des letzten Willens des Erblassers sichern“²⁷⁾. Zudem ist auch die Ausschlagungsfrist viel zu kurz, als daß die Ausschlagung insbesondere bei mehrjähriger TV einen genügenden Schutz böte. Auch die Schadensersatzpflicht des TV (§ 2219 BGB) und die Möglichkeit seiner Abberufung durch das Nachlaßgericht (§ 2227 BGB) vermögen den Erben nicht ausreichend davor zu schützen, persönlich in Anspruch genommen zu werden. Deshalb ist es für die TV wesentlich und damit zwingend, daß der TV Verbindlichkeiten nur mit Wirkung für den Nachlaß eingehen kann und dem Erben die Möglichkeit seiner Haftungsbeschränkung verbleibt, § 2206 BGB²⁸⁾. Darüber hinaus läßt sich auch der Grundsatz aufstellen, daß der Erbe aus Gegenständen oder Rechtsverhältnissen, die der TV unterliegen, niemals persönlich in Anspruch genommen werden kann, da er keine Einwirkungsmöglichkeit hat. Insoweit hat hier der Grundsatz der Verknüpfung von Herrschaft und Haftung seine rechtliche Ausprägung erfahren.

IV. Damit ist nachgewiesen, daß die Verwaltung eines Nachlaßgegenstandes durch den TV niemals die unbeschränkte Haftung des

²⁵⁾ BGHZ 12, 100 (103), Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 60, Weiler a.a.O. 296, Holch a.a.O. 295, Diss. 100

²⁶⁾ Siebert, HF 336, Rehlinger, Diss. 76

²⁷⁾ KG JW 1937, 2599 (2600) = DNotZ 1937, 766 = HRR 1937 Nr. 1374

²⁸⁾ KG JW 1937, 2599 (2600), vgl. BGHZ 24, 106 (113)

§ 5. Das Problem der Haftung

Erben nach sich ziehen kann. Die Macht des TV ist wesentlich auf den Nachlaß beschränkt und kann nicht auch die persönliche Rechtsstellung des Erben darüber hinaus erfassen. Da aber die unbeschränkte Haftung für Gesellschaftsschulden notwendigerweise mit der Stellung als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft verbunden ist, ist eine Testamentsvollstreckung in der vom Gesetz geregelten Form undurchführbar. Ähnlich wie bei der TV an dem Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns erweist sich hier das Haftungsproblem als ein wesentlicher Hinderungsgrund, da die TV nicht soweit nachgiebig ist, daß sie auch eine unbeschränkte Haftung des Erben zur Folge haben kann²⁹⁾. Aber anders als beim Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns würde der TV im Verkehr zu Dritten nicht die Erben, sondern die Gesellschaft verpflichten. Im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern könnte dabei vereinbart werden, daß die Gesellschafter-Erben nur nach erbrechtlichen Grundsätzen zu haften brauchen. Bei der OHG ist vielmehr entscheidend, daß die Gesellschafter-Erben mit der unbeschränkten Haftung für Gesellschaftsschulden belastet wären, obwohl die Ausübung ihrer mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten durch den TV erfolgte und sie deshalb nicht auf die Gesellschaft Einfluß nehmen könnten. Eine derartige Möglichkeit verbietet sich, weil dem Erben aus Rechtsverhältnissen, die der TV unterliegen, stets das Recht erhalten bleiben muß, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Gleichzeitig ist damit aber auch ein spezifisch gesellschaftsrechtliches Bedenken angedeutet, das uns im folgenden näher beschäftigen soll. Es ist nämlich fraglich, ob es nicht auch dem Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft widerspricht, wenn dem Gesellschafter die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte entzogen und damit jede Möglichkeit verwehrt ist, gesellschaftliche Entscheidungen mitzubestimmen, für die er mit seiner persönlichen Haftung einzustehen hat.

Mit dem Haftungsproblem sind die Begründungen im wesentlichen aufgeführt, die überwiegend zu der Frage erörtert werden, ob die Anordnung einer TV für die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft rechtlich möglich ist. Dabei hat sich gezeigt, daß insbesondere wegen der Haftung eine TV rechtlich nicht durchführbar ist. Wenn im folgenden noch von der Mitgliedschaft her die Zulässigkeit der TV an einer Gesellschafterstellung behandelt werden soll, so geschieht das nicht nur, um das gewonnene Ergebnis durch zusätzliche Gründe zu bestätigen. Dazu bedürfte es nur eines Hinweises. Es soll

²⁹⁾ So schon Bondi, ZBH 1926, 308 (316), RGZ 170, 392 (394), vgl. Mot. 5, 241, unsicher Rehlinger, Diss. 76, anders 79, 80

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

vielmehr auch die Erörterung des Problems vorbereitet werden, in welcher zulässigen Form ein TV die Mitgliedschaftsrechte ausüben kann.

§ 6. Die Unteilbarkeit der Mitgliedschaft einer Personengesellschaft

Wollte man dem Testamentsvollstrecker die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte überlassen, so träfe den Gesellschafter-Erben die unbeschränkte Gesellschafterhaftung, ohne daß er irgendwie auf das Schicksal der Gesellschaft Einfluß nehmen könnte. Herrschaft und Haftung fielen verschiedenen Personen zu. Sicher mag es wünschenswert sein und ist auch billig, wenn Herrschaft und Haftung verknüpft sind. Ob aber der Grundsatz der Verknüpfung von Macht und Verantwortung als geltender Rechtsgrundsatz angesehen werden kann¹⁾, erscheint zweifelhaft. Sicher ist, daß dieser Grundsatz vielen Rechtssätzen zugrunde liegt und deshalb bei einer kausalen Rechtserfassung von Bedeutung ist²⁾. Es ist deshalb wesentlich, festzustellen, ob auch im Recht der Personengesellschaften diese vorpositiven Erwägungen berücksichtigt worden sind und wieweit dieser Grundsatz bei der rechtlichen Ausgestaltung der Mitgliedschaft gesichert ist. Für sich allein kann der Grundsatz von der Verknüpfung von Herrschaft und Haftung schwerlich unmittelbar Recht entfalten.

Die besondere Rechtsnatur der Mitgliedschaft kann es aber verbieten, daß die Gesellschafterstellung aufgespalten wird. Wenn sich daher Ansatzpunkte in dieser Richtung im Gesetz finden, kann der Grundsatz von Macht und Verantwortung als Auslegungsmaßstab von Bedeutung werden, zumal gerade für die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in einer Personengesellschaft die unbeschränkte Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten wesensgemäß ist.

I. Die Abtretung einzelner Mitgliedschaftsrechte

1. Es ist daher zunächst zu klären, ob die Gesellschafterstellung dadurch aufgespalten werden kann, daß einzelne Gesellschafterrechte auf einen Nichtgesellschafter übertragen werden können. Nach § 717 Satz 1 BGB sind die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen, nicht übertragbar. Ausgenommen sind lediglich einzelne vermögensrechtliche Ansprüche, die für die Gesellschaftsbeteiligung von keiner wesentlichen Bedeutung sind, § 717 Satz 2 BGB.

¹⁾ So anscheinend Siebert, HF 335

²⁾ Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, AcP 154, 299 (342)

§ 6. Die Unteilbarkeit der Mitgliedschaft

a) Nach früherer Rechtsprechung³⁾ und h. L.⁴⁾ bestand das „Veräußerungsverbot“ nicht zwingend, sondern hatte lediglich dispositiven Charakter. Man nahm an, daß eine Übertragung dieser Gesellschafterrechte ebenso wie ihre Ausübung durch einen Bevollmächtigten lediglich deshalb nicht in Frage kommt, weil die Gesellschaft als Vertrauensverhältnis eine Übertragbarkeit nicht gestatte. Da aber die Individualbezogenheit der gesellschaftlichen Ansprüche lediglich im Interesse der übrigen Gesellschafter besteht, bezwecke die Vorschrift nur den Schutz dieser Personen, so daß der Gesellschaftsvertrag die Übertragbarkeit einzelner Mitgliedschaftsrechte vorsehen könne.

Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof in seiner grundsätzlichen Entscheidung vom 10. 11. 1951⁵⁾ unter Zustimmung des überwiegenden Schrifttums⁶⁾ aufgegeben. Die Auffassung des Reichsgerichts wird der Sachlage nicht gerecht.

Der höchstpersönliche Charakter der gesellschaftlichen Ansprüche muß wesentlich von der Frage geschieden werden, ob diese Rechte auf Nichtgesellschafter übertragbar sind, da sich hier der Rechtsträger ändert. Der Bundesgerichtshof hat dieses Problem in seinen Entscheidungen vom 10. 11. 1951⁵⁾ und 8. 10. 1953⁷⁾ für das vornehmste unter den Gesellschafterrechten, das Stimmrecht, untersucht. Die Abspaltung einzelner Verwaltungsrechte von dem Gesellschaftsanteil in der Weise, daß sie auf einen anderen übertragen werden, sei mit dem Wesen der „Gesamthandsgemeinschaft“ nicht zu vereinbaren. Das Stimmrecht sei vielmehr wie die sonstigen dem Gesellschafter auf Grund seiner Mitgliedschaft zustehenden Herrschafts- und Mitverwaltungsrechte mit der Mitgliedschaft wesensmäßig so eng verbunden, daß es von ihr nicht losgelöst und selbständig übertragen werden könne. Das ergäbe sich aus dem Wesen der Personengesellschaft⁸⁾. Zur weiteren Begründung verweist der Bundesgerichtshof auf das zwischen den Gesellschaftern bestehende persönliche Vertrauensverhältnis und führt dazu aus: „Mit der Einmaligkeit und Besonderheit eines solchen Verhältnisses aber ist es grundsätzlich nicht vereinbar, daß die aus der persönlichen Mit-

³⁾ RG JW 1919, 933, RG LZ 1921, 617, RGZ 92, 398 (400), 148, 105 (110, 111)

⁴⁾ Hueck, ZHR 83, 1 (18, 25 f), Palandt-Gramm, § 717 Anm. 1 d, Sommer, DNotZ 1936, 937 (941)

⁵⁾ BGHZ 3, 354

⁶⁾ Zustimmungende Anmerkungen von Hueck in JZ 1952, 115, von Fischer in LM Nr. 1 zu § 105 HGB und von Weipert in NJW 1952, 178, Fischer in RGR-Komm. § 717 Anm. 3, 10, Schlegelberger-Geßler, § 119 Anm. 1, Weipert, JR 1954, 60, Siebert, StbJB 321 (abweichend anscheinend HF 334), a. A. Holch, DNotZ 1958, 282 (288), Diss. 83 f

⁷⁾ BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB, bestätigt BGHZ 20, 363 (364) und BGH JZ 1960, 490 (491)

⁸⁾ BGHZ 3, 354 (357) und BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

gliedschaft sich ergebenden Herrschafts- und Mitverwaltungsrechte von einem anderen als dem Mitglied selbst als eigene Rechte, d. h. auf Grund eigener Verantwortung und Willensbestimmung und nach eigenen Interessengesichtspunkten ausgeübt werden.“⁹⁾ Andernfalls würde bei einer Übertragung des Stimmrechts die Möglichkeit eröffnet, „daß bei dessen Ausübung gesellschaftsfremde oder doch außerhalb des Interessenkreises der einzelnen Gesellschafter liegende Zwecke verfolgt und so das innere Gefüge der Gesellschaft gesprengt würde“. Deshalb könne das Stimmrecht auch mit Zustimmung der Mitgesellschafter nicht losgelöst von der Mitgliedschaft übertragen werden.

Diese Auffassung des BGH hat Holch¹⁰⁾ einer scharfen Kritik unterzogen. Eine derartige Einschränkung des das Innenverhältnis der Gesellschafter beherrschenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit beruhe auf keinem schutzwürdigen Interesse. Soweit der BGH als Erläuterung auf das persönliche Verhältnis der Gesellschafter untereinander verweise, handele es sich um Argumente, die nur den Schutz der Gesellschafter im Auge hätten. Derartige Schutzvorschriften seien aber abdingbar. Im übrigen stelle der BGH aber auf so unklare Begriffe ab, wie das Wesen einer Personengesellschaft, ohne sie in einzelnen Zügen aufzuhellen. Es ginge aber nicht an, daß die Vertragsfreiheit hier ausschließlich wegen des Wesens eines juristischen Begriffs eingeschränkt werde. Wenn es schon den Gesellschaftern in die Hand gegeben sei, jemand als weiteren Gesellschafter aufzunehmen, müsse es ihnen erst recht freistehen, „(argumentum a maiore ad minus) ihm nur einen Ausschnitt aus dieser Gesellschafterstellung, nämlich das Stimmrecht, zu übertragen“.

In der Tat überzeugt die Begründung des BGH nicht, soweit er sich auf das persönliche Vertrauensverhältnis der Gesellschafter und damit die Individualbezogenheit der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten beruft; denn diese Individualbezogenheit besteht nur im Interesse der übrigen Gesellschafter und ist somit abdingbar.

Dennoch ist dem Bundesgerichtshof im grundsätzlichen zuzustimmen, wenn er eine selbständige Übertragung des Stimmrechts ablehnt, weil eine derartige Abspaltung mit dem Wesen der Personengesellschaft unvereinbar sei. Es handelt sich hierbei keineswegs nur um eine konstruktive Frage, sondern es geht um das Problem des Mitgliedschaftsrechts in einer Personengesellschaft. Das erkennt Holch, wenn er behauptet, es müsse den Gesellschaftern freistehen, jemandem nur einen Ausschnitt aus der Gesellschafterstellung zu übertragen, nämlich das Stimmrecht, da sie ihn auch als weiteren

⁹⁾ BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB

¹⁰⁾ Holch, DNotZ 1958, 282 (288 f), Diss. 83 ff

§ 6. Die Unteilbarkeit der Mitgliedschaft

Gesellschafter aufnehmen könnten. Abgesehen von der Frage, ob dieser Schluß überzeugend ist, geht es auch gar nicht darum, ob die Gesellschafter das Stimmrecht einem Nichtgesellschafter übertragen können¹¹⁾, sondern darum, ob ein Gesellschafter sein Stimmrecht derart übertragen kann, daß es einem anderen zusteht, und er als Mitglied damit nicht mehr das Recht hat, an Beschlußfassungen der Gesellschaft mitzuwirken. Deshalb muß festgestellt werden, welche Berechtigungen gegeben sein müssen, um von einer Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft zu sprechen. Ferner ergibt sich eine Lösung des Problems daher, ob Nichtgesellschaftern überhaupt mitgliedschaftliche Rechte zustehen können.

b) Jede Personengesellschaft ist notwendigerweise eine Zweckgemeinschaft, bei der dem einzelnen Mitglied irgendeine persönliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks gewährleistet sein muß, wenn man von einer Beteiligung an dieser Zweckgemeinschaft sprechen will¹²⁾. So müssen dem Gesellschafter in einer Personengesellschaft wenigstens gewisse Informations- und Kontrollrechte gegeben sein¹³⁾. Für die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in einer OHG oder KG ist kennzeichnend, daß ihm vom Gesetz die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen übertragen sind, für die er mit seiner unbeschränkten persönlichen Haftung einzustehen hat. Wenn der Gesellschafter auch im Einzelfall durch den Gesellschaftsvertrag oder durch gerichtliche Entscheidung von der Geschäftsführungspflicht ausgeschlossen werden kann¹⁴⁾, so ist es doch nicht möglich, ihn von jeder Einflußnahme auf die Gesellschaft auszuschalten, andernfalls kann man nicht mehr von einer Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft sprechen. Deshalb muß ein Gesellschafter stets die Möglichkeit haben, irgendwie an den Entscheidungen der Gesellschaft mitzuwirken. Mit der Mitgliedschaft ist wesensmäßig ein Stimmrecht verbunden, das nicht von ihr gelöst werden kann. Der Gesellschaftsvertrag kann zwar einzelnen Gesellschaftern das Stimmrecht in beliebigem Umfang beschränken, er kann es ihnen aber nicht vollständig nehmen¹⁵⁾. Die Grenze liegt nicht etwa erst im Verstoß gegen die guten Sitten, wie Hueck annimmt¹⁶⁾, sondern auch in den besonderen Gestaltungsprinzipien des Gesellschaftsrechts, denn nur

¹¹⁾ BGH JZ 1960, 490 mit zustimmender Anm. von Hueck

¹²⁾ Vgl. Siebert, StbJB 321

¹³⁾ Man vergleiche hierzu die Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und partiarischem Darlehen, Hueck, Gesellschaftsrecht 100 f

¹⁴⁾ § 117 HGB, Hueck, OHG 72, 91 f

¹⁵⁾ Vgl. BGHZ 20, 363 (367), wie hier Schlegelberger-Geßler, § 119 Anm. 1, Weipert, 1. Auflage § 119 Anm. 13, Heins, NJW 1948, 253, Möhle, 79, 80, a. A. Hueck, OHG 107, Weipert, § 119 Anm. 13

¹⁶⁾ Hueck, OHG 107

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

wenn man sie berücksichtigt, kann man von einer Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft sprechen. Ähnliches gilt für die mitgliedschaftlichen Informations- und Kontrollrechte. Eine völlige Abspaltung von der Mitgliedschaft in dem Sinne, daß sie nunmehr dem Gesellschafter nicht mehr zustehen, ist mit dem Wesen der Gesellschafterstellung nicht zu vereinbaren.

Es kann auch nicht übersehen werden, daß die mitgliedschaftlichen Rechte dem Gesellschafter nur auf Grund seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft zustehen und deshalb nicht auf einen anderen übertragen werden können¹⁷⁾. Mit den Rechten sind korrelativ gesellschaftlicherliche Pflichten verbunden. Wollte man zulassen, daß mitgliedschaftliche Rechte auf einen Nichtgesellschafter übertragen werden können, so unterläge der Außenstehende nicht den gesellschaftlichen Pflichten, wie der Treuepflicht und bei der OHG der Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Deshalb könnte man nicht mehr davon sprechen, daß das Recht in seiner Hand mitgliedschaftlichen Charakter besäße, denn er unterliegt nicht den gesellschaftlichen Bindungen. Das erhellt aber zur Genüge, daß die sog. mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten nicht selbständig sind, sondern notwendig auf die Gesellschafterstellung bezogen und an die Mitgliedschaft gebunden sind¹⁸⁾. Es steht den Gesellschaftern frei, Nichtgesellschaftern Rechte einzuräumen, wie sie an sich nur den Mitgliedern zustehen, denn sie können ihre Rechtsbeziehungen zu Außenstehenden nach Belieben gestalten^{18a)}. Doch handelt es sich dann nicht um mitgliedschaftliche Rechte, da ein Nichtgesellschafter nicht den Bindungen eines Gesellschafters unterliegt.

2. Aber auch auf einen Mitgesellschafter können mitgliedschaftliche Herrschafts- und Verwaltungsrechte nicht selbständig übertragen werden. Eine derartige Zession wäre bei den Kontroll- und Informationsrechten auch weitgehend sinnlos. Einer Übertragung des Stimmrechts steht zunächst entgegen, daß grundsätzlich jeder Gesellschafter nur eine Stimme hat¹⁹⁾ und deshalb ein Zuerwerb keine rechtliche Bedeutung hätte. Doch kann der Gesellschaftsvertrag beliebig andere Bestimmungen treffen und ein Mehrstimmrecht zulassen²⁰⁾. Der Bundesgerichtshof hatte in seiner Entscheidung vom

¹⁷⁾ So schon Dieckmann, Diss. 54

¹⁸⁾ BGHZ 3, 354 (357), BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB, BGHZ 20, 363 (364), BGH JZ 1960, 490, Fischer in RGR-Komm. § 717 Anm. 10, Hueck, JZ 1952, 115, JZ 1960, 491, Siebert, StbJB 321, Weipert, NJW 1952, 178, JR 1954, 60, Schlegelberger-Geßler, § 119 Anm. 1

^{18a)} BGH JZ 1960, 490

¹⁹⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht 66, OHG 110, Schlegelberger-Geßler, § 119 Anm. 5

²⁰⁾ Hueck, OHG 111, Schlegelberger-Geßler, § 119 Anm. 5

§ 6. Die Unteilbarkeit der Mitgliedschaft

8. 10. 1953²¹⁾ offengelassen, ob der Grundsatz der Unabspaltbarkeit des Stimmrechts von der Mitgliedschaft als solcher für den Fall eine Ausnahme zuläßt, daß das Stimmrecht (mit Zustimmung der Gesellschafter) an einen Mitgesellschafter übertragen werden soll. Da der Bundesgerichtshof seine Begründung weitgehend auf das besondere Vertrauensverhältnis der Gesellschafter zueinander stützte, lag es nahe, an eine derartige Möglichkeit zu denken. Doch nicht in der Individualbezogenheit der gesellschaftlichen Rechte, sondern allein in der Eigenart der mitgliedschaftlichen Rechtsstellung des Gesellschafters liegt das zwingende Hindernis, einzelne Rechte von der Mitgliedschaft abzuspalten, sofern sie nicht zu den übertragbaren vermögensrechtlichen Ansprüchen gehören. Da das Wesen der Mitgliedschaft eine Abspaltung verbietet, kann es keine Rolle spielen, ob das Stimmrecht oder Kontrollrecht einem Außenstehenden oder Mitgesellschafter übertragen werden soll.

Die Übertragung von mitgliedschaftlichen Herrschafts- und Verwaltungsrechten auf Dritte widerspricht dem Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft und ist deshalb zwingend unzulässig.

II. Die gesellschaftsrechtlichen Bedenken gegen eine Ausübung der Gesellschafterrechte durch den Testamentsvollstrecker

Wenn dem TV die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte überlassen wird, ist der Erbe von jeder Einflußnahme auf die Gesellschaftsbeteiligung ausgeschlossen (§§ 2205, 2211 BGB). Doch werden dem TV die einzelnen Mitgliedschaftsrechte nicht zu eigener Rechtszuständigkeit übertragen, sondern er macht sie als Rechte der Erben geltend, die seiner Verwaltung des Nachlasses unterliegen. Er tritt insoweit als ihr Vertreter auf, oder nach anderer Auffassung ist er ermächtigt, die seiner Verwaltung unterliegenden Rechte auszuüben.

Eine Bevollmächtigung oder Ermächtigung an sich aber widerspricht nicht dem Wesen der Mitgliedschaft, da die gesellschaftlichen Rechte nicht von der Mitgliedschaft abgespalten werden²²⁾. Die Rechtssubstanz verbleibt ungeschmälert beim Gesellschafter, es wird nur noch zusätzlich eine Befugnis in der Person des Bevollmächtigten begründet, das Recht im Namen des Vollmachtgebers auszuüben. Dadurch werden aber nur die Interessen der Mitgesellschafter berührt.

Der Bundesgerichtshof hatte aber gleich in seiner ersten Entscheidung²³⁾ einen Fall zu entscheiden, der aufzeigte, daß die Unter-

²¹⁾ BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB

²²⁾ BGHZ 3, 354 (358), Siebert, StbJB 321, Fischer in RGRKomm. § 717 Anm. 11, LM Nr. 1 zu § 105 HGB, Schlegelberger-Geßler, § 119 Anm. 1

²³⁾ BGHZ 3, 354

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

schiede zwischen unzulässiger Stimmrechtsabtretung und zulässiger Stimmrechtsvollmacht trotz der klaren formalen Unterschiede fließend sind. Damals war dem Nichtgesellschafter eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht unter gleichzeitigem Stimmrechtsverzicht seitens des Gesellschafters gegenüber dem Bevollmächtigten erteilt worden.

Der BGH erklärte dazu, daß der Zweck einer derartigen Vereinbarung auf einen Wechsel des Rechtsträgers gerichtet sei, daß nach dem Sinn dieser Vereinbarung nunmehr an Stelle des Gesellschafters der „Bevollmächtigte“ zur Ausübung des Stimmrechts allein befugt sein sollte. „Der Zweck und die praktische Wirkung der vorliegenden Vereinbarung rücken diese in einen so engen Zusammenhang mit der dinglich wirkenden Abtretung, daß nur bei einer formalen Beurteilung dieser Zusammenhang außer acht gelassen und allein der gewählten Rechtsform die ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden könnte.“ Deshalb sei eine derartige unwiderrufliche Vollmacht auch dann nichtig, wenn ihre Erteilung im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich zugelassen ist²⁴⁾. Diese Begründung hat überwiegend Zustimmung gefunden²⁵⁾. Die Parallele zur TV kann bei einer derartigen unwiderruflichen Vollmacht mit Stimmrechtsverzicht nicht übersehen werden²⁶⁾. Der Gesellschafter-Erbe kann dem TV nicht die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte entziehen, er selbst ist von jeder Ausübung ausgeschlossen. Dementsprechend ist es nur noch ein formaler Unterschied, daß der TV die Mitgliedschaftsrechte als Rechte der Gesellschafter-Erben ausübt und sie ihm nicht zu eigener Rechtszuständigkeit übertragen sind. Wesentlich ist, daß er diese Rechte nicht neben den Erben ausübt, sondern an Stelle der Erben nach eigenem Ermessen und diesen mithin jegliche Möglichkeit entzogen ist, auf die Gesellschaft Einfluß zu nehmen. Ein derartiger Ausschluß ist aber nicht mit der Stellung eines Gesellschafters in einer OHG vereinbar. Sie führt tatsächlich zu einer Aufspaltung der Mitgliedschaft.

Die Berechtigungen kämen dem TV zu, während die korrelativ verbundenen Pflichten, insbesondere die unbeschränkte Haftung für Gesellschaftsschulden, den Gesellschafter-Erben träfen. Das geht aber nicht an.

Man könnte nun auf den gesetzlichen Vertreter bei nicht voll geschäftsfähigen Personen verweisen. Die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte durch ihn wird allgemein für zulässig gehalten²⁷⁾.

²⁴⁾ BGHZ 3, 354 (359)

²⁵⁾ Hueck, JZ 1952, 116, Fischer in RGR-Komm. § 717 Anm. 11, LM Nr. 1 zu § 105 HGB, Schlegelberger-Geßler, § 119 Anm. 1

²⁶⁾ Vgl. BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB a. E.

²⁷⁾ Vgl. oben Anm. 2 zu § 3

§ 6. Die Unteilbarkeit der Mitgliedschaft

Doch ist hier zu berücksichtigen, daß das Mitglied die Gesellschafterrechte nicht ausüben kann und seine Beteiligung tot läge, wenn nicht der gesetzliche Vertreter für ihn tätig würde²⁸⁾. Die gesetzliche Vertretung besteht fernerhin zwingend im öffentlichen Interesse²⁹⁾. Der TV hingegen ist nicht berufen, die Persönlichkeit der Erben im Ganzen zu vertreten, sondern hat nur den Nachlaß nach dem Willen des Erblassers zu verwalten. Fernerhin ist zu bedenken, daß die TV von dem Erblasser willkürlich herbeigeführt wird. Durch eine willkürliche Anordnung können aber nicht die wesentlichen (essentiellen) Strukturprinzipien der Mitgliedschaft beseitigt werden.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 8. 10. 1953³⁰⁾ die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte eines nicht voll geschäftsfähigen Gesellschafters durch dessen gesetzlichen Vertreter deshalb für gerechtfertigt erklärt, „weil hier nicht nur eine einzelne Herrschafts- oder Verwaltungsbefugnis von dem Anteilsrecht abgespalten wird, sondern die mit diesem Recht verbundenen Befugnisse in viel weiterem Umfange den erwähnten Personen, die in einem besonderen Verhältnis zu dem Gesellschafter stehen, zur Ausübung übertragen werden“. Es wird deshalb die Auffassung vertreten³¹⁾, der BGH habe aus dem personalistischen Charakter der Mitgliedschaft den Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsausübung gefolgert und nur deshalb sich gegen eine Abtretung des Stimmrechts gewandt. Durch die TV trete jedoch eine Abspaltung einzelner Rechte oder Befugnisse nicht ein. Das Recht bleibe voll beim Erben; getrennt von ihm sei lediglich seine Ausübung. Die Einheitlichkeit der Rechtsausübung sei aber bei der TV gewahrt, deshalb beständen aus gesellschaftsrechtlichen Gründen keine zwingenden Hindernisse gegen sein Verwaltungsrecht. In der Tat können die Ausführungen des BGH in dem Sinne verstanden werden, doch sind sie nur obiter dictum gemacht. Sie vermögen auch nicht die Entscheidung zu tragen und können auch nicht die Zulässigkeit der gesetzlichen Vertretung bei OHG-Beteiligungen rechtfertigen.

Die Zulässigkeit der gesetzlichen Vertretung ergibt sich nicht aus dem Gesellschaftsrecht, sondern aus der Einstellung der Rechtsordnung zur Position des Nichtgeschäftsfähigen. Die Unzulässigkeit der Stimmrechtsabtretung aber beruht nicht darauf, daß die Rechtsaus-

²⁸⁾ Siebert, StJB 323, Müller-Freienfels, 51, 64

²⁹⁾ Barz, NJW 1947, 44 (45)

³⁰⁾ BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB

³¹⁾ Schilling, Festschrift f. W. Schmidt, 208 (213), Holch, DNotZ 1958, 282 (287), Diss. 81, Siebert, HF 334

2. TV an der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters

übung nicht einheitlich erfolgt — dieses Bedenken würde auch gegen eine bloße Bevollmächtigung sprechen —, sondern darauf, daß der BGH es für unzulässig erachtete, daß die Gesellschafterstellung in einer Personengesellschaft aufgespalten wird. Eine derartige Aufspaltung liegt aber insbesondere dann vor, wenn die gesamte Rechtsausübung von der Mitgliedschaft getrennt wird. Die Auffassung von der Einheitlichkeit der Rechtsausübung verkennt das Wesen der Mitgliedschaft und ist deshalb abzulehnen.

Das Recht der Personengesellschaften wird vielmehr von dem Rechtsgrundsatz der Unteilbarkeit der Mitgliedschaft beherrscht. Dieses Prinzip hat in § 717 BGB seinen speziellen Ausdruck gefunden. Danach sind die gesellschaftlichen Rechte nicht selbständig übertragbar, soweit nicht ausdrücklich in § 717 Satz 2 BGB für die sog. vermögensrechtlichen Ansprüche eine Ausnahme besteht. Wollte man dem TV an der Gesellschaftsbeteiligung ein Verwaltungsrecht zugestehen, so wäre dem Gesellschafter-Erben die Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Stellung genommen. Die Rechtsausübung wäre von der Mitgliedschaft getrennt und damit die Gesellschafterstellung ähnlich wie bei der Übertragung nur eines Mitgliedschaftsrechtes in unzulässiger Weise aufgespalten. Ob zum TV ein Außenstehender oder ein Mitgesellschafter ernannt ist, kann keine Rolle spielen, da nicht im Vertrauensverhältnis der Gesellschafter zueinander, sondern allein in der Eigenart der gesellschaftlichen Stellung das zwingende Hindernis gegen dessen Verwaltung liegt. Die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte durch einen TV widerspricht dem Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft und ist deshalb in der Form der gesetzlichen Testamentsvollstreckung zwingend unzulässig. Hilfsweise kann gerade bei der OHG oder der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in einer KG auf das Prinzip der Verknüpfung von Herrschaft und Haftung verwiesen werden.

Das Recht der Personengesellschaften beruht auf dem rechtsethischen Grundsatz, daß, wer das Risiko in der Gesellschaft trägt, es auch kraft Ausübung der Unternehmensleitung beherrschen muß. Deshalb teilen sich nach dem gesetzlichen Regelfall alle Gesellschafter einer OHG gleichberechtigt in die Führung der Gesellschaft. Da jedoch das Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander der Vertragsfreiheit unterliegt, können die Gesellschafter die dispositiven Vorschriften des Gesetzes abändern und ihr Verhältnis zueinander grundsätzlich nach Belieben gestalten. Es widerspricht aber den gesellschaftsrechtlichen Ordnungsprinzipien, wollte man Herrschaft

und Haftung gegen den Willen des jeweiligen Gesellschafters trennen. Der Erblasser kann dies auch nicht dadurch erreichen, daß er seine Mitgliedschaft einer TV unterstellt.

§ 7. Zusammenfassung zum Problem der gesetzlichen Testamentsvollstreckung an der Gesellschaftsbeteiligung

Da der Testamentsvollstrecker als TV die mitgliedschaftlichen Rechte des Gesellschafters-Erben in einer OHG nicht ausüben kann, ist eine Testamentsvollstreckung an einer OHG-Beteiligung in der vom BGB ausgestalteten Form nicht durchführbar.

Im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern könnte das Hindernis aus der Individualbezogenheit der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten durch den Gesellschaftsvertrag oder deren Zustimmung beseitigt werden.

Dagegen erweist sich aus Gründen, die im Verhältnis zwischen dem TV und dem Gesellschafters-Erben liegen, daß eine TV nicht möglich ist¹⁾. Die Macht des TV ist zwingend auf den Nachlaß beschränkt und kann nicht die persönliche Rechtsstellung des Erben erfassen. Der Erbe haftet für Verbindlichkeiten, die der TV für den Nachlaß eingeht, nur nach erbrechtlichen Grundsätzen. Als Gesellschafters haftet er aber für die Verbindlichkeiten der OHG persönlich unbeschränkt. Deshalb ist eine TV schon aus Gründen des Erbrechts nicht durchführbar.

Aber auch aus gesellschaftsrechtlichen Erwägungen ist eine TV an einer Mitgliedschaft nicht durchführbar. Das Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft verbietet es, daß dem Gesellschafters-Erben gegen seinen Willen die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte genommen wird.

Durch diese besondere Rechtsnatur der Mitgliedschaft wird der Erblasser in seiner testamentarischen Gestaltungsfreiheit beschränkt²⁾. Da eine TV an einer OHG-Beteiligung rechtlich nicht durchführbar ist, steht somit fest, daß die Mitgliedschaft in einer OHG niemals zum Nachlaß im Sinne der Vorschriften über die TV gehört, auch wenn die Nachfolge in die Gesellschaftersstellung durch das Erbrecht vermittelt wird.

¹⁾ Überwiegend wird anscheinend die Auffassung vertreten, daß die TV aus Gründen, die im Verhältnis zur Gesellschaft liegen, nicht durchführbar ist. Denn man spricht davon, daß die TV im Innenverhältnis zum Erben aufrechterhalten werden kann (Holch, DNotZ 1958, 282 (300)). Darauf wird noch in § 11 einzugehen sein

²⁾ Siebert, HF 336

Abgewandelte Formen der Testamentsvollstreckung

§ 8. Überblick

Wenn der Erblasser für seine Mitgliedschaft in der OHG Testamentsvollstreckung anordnet, will er seine Erben von der Ausübung der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten ausschließen. Für diese Maßnahme wird er zumeist seine guten Gründe haben. So findet sich z. B. die Anordnung einer TV, bis der Erbe sein 30. Lebensjahr vollendet hat. Der Erblasser hält seinen Erben nicht für erfahren genug, um in der Gesellschaft mitzuarbeiten, oder er will seinen Erben überhaupt nicht mit der Gesellschafterstellung belasten. Dann liegt es nahe, daß der Erblasser eine erfahrene Persönlichkeit mit der Verwaltung seiner Beteiligung in der Gesellschaft betrauen will. Den übrigen Gesellschaftern wird es auch zumeist angenehmer sein, in einem solchen Fall mit dem TV zusammenzuarbeiten als mit dem geschäftsungewandten Erben. Da eine TV wegen ihrer rechtlichen Eigenart nicht durchführbar ist, erhebt sich die Frage, auf welchem rechtlich einwandfreien Weg dem Willen des Erblassers, der durchaus vernünftig und billigenswert sein kann, Geltung verschafft werden kann. Da überwiegend die Auffassung vertreten wird, daß die TV beim persönlich haftenden Gesellschafter aus demselben Grund wie beim Einzelkaufmann scheitert, wird auf die Abwandlungsmöglichkeiten verwiesen, die die Rechtsprechung, insbesondere der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 18. 1. 1954, am Beispiel des Einzelhandelsgeschäfts entwickelt hat¹⁾.

1. Der TV kann das Handelsgeschäft als Bevollmächtigter der Erben in dessen Namen führen. Für die Geschäftsverbindlichkeiten haften dann die Erben persönlich und unbeschränkt, da sie in ihrem Namen begründet werden.

2. Der TV kann das Handelsgeschäft als Treuhänder übernehmen und im eigenen Namen fortführen. Für die Geschäftsverbindlichkeiten haftet er dann persönlich und unbeschränkt.

Als dritte Möglichkeit wird noch erörtert:²⁾

3. Der TV gibt im Verhältnis zu Dritten das Handelsgeschäft frei, so daß im Verhältnis zu Außenstehenden die Erben das Handels-

¹⁾ BGHZ 12, 100. Dem folgend Kipp-Coing, § 68 III 2 b, c, Staudinger-Dittmann, Vorbem. 65 f, § 2205 Anm. 58 ff, Holch, DNotZ 1958, 282 (291 ff), Diss. 92 ff, Donner, DNotZ 1944, 143 (144, 149), Hueck, ZHR 108, 1 (28 ff), Johannsen, LM Nr. 1 zu § 2216 BGB

²⁾ Donner a.a.O. 144

§ 9. Die Bevollmächtigung des TV

geschäft fortführen und für die Geschäftsverbindlichkeiten haften. Im Verhältnis zu den Erben behält sich der TV aber die wesentlichen Entscheidungen vor.

Diese Abwandlungsmöglichkeiten sollen auch für eine OHG-Beteiligung möglich sein. Das bedarf jedoch eingehender Betrachtung.

§ 9. Die Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers, die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten wahrzunehmen

Grundsätzlich können nur die Gesellschafter persönlich die mitgliedschaftlichen Rechte ausüben. Doch da die Individualbezogenheit dieser Rechte nur im Interesse der übrigen Gesellschafter besteht, können sie auch durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden, wenn der Gesellschaftsvertrag dies zuläßt oder die übrigen Gesellschafter zustimmen. Wenn im Gesellschaftsvertrag zugelassen wird, daß der TV die mitgliedschaftlichen Rechte der Gesellschafter-Erben ausüben kann, bestehen von daher keine Bedenken dagegen, daß der TV sie als Bevollmächtigter der Erben ausübt.

I. Vollmacht der Erben

Da der TV aber kraft seines Amtes die Erben nicht gegen ihren Willen mit ihrem persönlichen Vermögen haftbar machen kann (§ 2206 BGB), müssen die Erben zustimmen, daß er die Gesellschaftsbeteiligung in ihrem Namen fortführt¹⁾. Sie müssen dem TV Vollmacht erteilen, ihre Rechte in der Gesellschaft auszuüben.

Sofern die Erben das freiwillig tun, bestehen keine weiteren Bedenken. Durch die Bevollmächtigung ist es ihnen nicht verwehrt, die gesellschaftlichen Entscheidungen mitzubestimmen. Eine Bevollmächtigung widerspricht deshalb auch nicht dem Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft. Soweit sich aber aus der Tätigkeit durch den TV eine unbeschränkte Haftung für die Gesellschafter-Erben ergibt, wird diese durch die Vollmacht der Gesellschafter-Erben gedeckt.

Voraussetzung ist aber, daß die Bevollmächtigung durch die Erben jederzeit widerruflich ist und ihnen die Herrschaft in der Gesellschaft jederzeit möglich ist. Wenn auch schon die Erben die Sachkenntnis und Erfahrung des TV anerkennen und ihn deshalb freiwillig bevollmächtigen, ihre Belange in der Gesellschaft wahrzunehmen, so gebietet es doch das Wesen der Mitgliedschaft, daß sie sich jederzeit persönlich einschalten können, um an den Entscheidungen der Gesellschaft mitzuwirken. Keineswegs darf über den Weg einer unwiderruflichen Vollmacht die Rechtsausübung von der

¹⁾ Siebert, HF 331, Hueck, ZHR 108, 1 (30, 31)

3. Abgewandelte Formen der TV

Mitgliedschaft abgespalten werden. Der Bundesgerichtshof hat dies für die Erteilung einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht unter gleichzeitigem Stimmrechtsverzicht seitens des Gesellschafters gegenüber dem Bevollmächtigten entschieden²⁾).

Da nach dem Zweck dieser Vereinbarung an Stelle des Gesellschafters nunmehr der Bevollmächtigte allein zur Ausübung des Stimmrechts befugt sein sollte, sei nach dem Zweck und der praktischen Wirkung dieser Vereinbarung die Anwendung der gleichen Rechtsgrundsätze maßgebend, die für die Stimmrechtsabtretung gelten. Eine derartige Vollmacht ist mit dem Wesen der Mitgliedschaft unvereinbar³⁾).

II. Die postmortale Vollmacht

Damit nicht durch den Erbfall eine Unterbrechung in der Wahrnehmung der gesellschaftlichen Belange eintritt, kann es sich empfehlen, daß der Erblasser dem in Aussicht genommenen TV eine Vollmacht von Todes wegen für die Gesellschaftsbeteiligung erteilt. Die Erteilung einer derartigen postmortalen Vollmacht ist grundsätzlich zulässig⁴⁾. Sie hat die gleiche Wirkung, als wäre sie von den Erben selbst erteilt worden. Gesellschaftsrechtlich bestehen daher keine Bedenken gegen sie, sofern sie nur jederzeit widerruflich ist.

III. Die Verpflichtung zur Erteilung einer Vollmacht

Nicht immer wird der Erbe zu dem TV dasselbe Vertrauen haben wie der Erblasser. Er wird daher dem TV nicht ohne weiteres Vollmacht erteilen oder wird eine Vollmacht von Todes wegen sogleich widerrufen wollen. Es fragt sich deshalb, ob und wie der Erblasser dennoch den Erben dazu zwingen kann, dem TV die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte zu überlassen.

1. Die Rechtsprechung

Nachdem das Reichsgericht es noch in seiner Entscheidung in RGZ 170, 392 unerörtert gelassen hatte, „ob etwa im Gesellschaftsvertrag oder durch letztwillige Verfügung eine andere Regelung getroffen werden könnte“, durch die die Gesellschaftsbeteiligung dem TV unterstellt werde, erklärte es schon in seiner Entscheidung in RGZ 172, 199, daß den Erben zur Auflage gemacht werden könnte, die Ausübung auch ihrer persönlichen mitgliedschaftlichen Rechte dem TV zu überlassen. Der Verwirklichung einer derartigen Auflage

²⁾ BGHZ 3, 354 (358 f)

³⁾ BGHZ 3, 354 (358 f)

⁴⁾ Auf das Problem der postmortalen Vollmacht kann im Zusammenhang dieser Arbeit nicht eingegangen werden, vgl. dazu Staudinger-Dittmann, Vorbem. 100 ff

§ 9. Die Bevollmächtigung des TV

stehe nichts im Wege, falls die übrigen Gesellschafter mit ihrer Erfüllung einverstanden seien. Eine sittenwidrige Bindung des Gesellschafter-Erben sei nicht gegeben, da der TV seine Befugnisse nicht willkürlich ausüben dürfe. Zwar könnten durch eine Auflage die gesetzlichen Rechte des TV nicht erweitert werden. Jedoch sei es zulässig, daß dem Bedachten die Auflage gemacht werde, die ihm zustehenden persönlichen Rechte durch einen Dritten, also auch durch den TV, ausüben zu lassen⁵⁾. Nach §§ 2194, 2208 Abs. 2 BGB könne der TV von dem Erben die Vollziehung der Auflage verlangen.

Für das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns hat der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung bestätigt.

Unter Berufung auf das Reichsgericht und Kipp-Coing sowie Donner führt der BGH aus, daß es rechtlich möglich sei, „daß der Erblasser durch letztwillige Anordnung einer entsprechenden Bedingung oder Auflage den Erben verpflichten kann, dem TV die Befugnis einzuräumen, auch über den Rahmen des § 2206 BGB hinaus persönliche Verpflichtungen für den Erben einzugehen“⁶⁾. Mit einer derartigen Rechtsauslegung seien auch keine dem Erben nicht zumutbaren Gefahren verbunden. Der BGH verweist den Erben auf sein Recht, die Erbschaft auszuschlagen, sodann auf die Haftung des TV für Pflichtverletzungen und die Möglichkeit der Abberufung. Wirtschaftlich betrachtet sei aber dies keine größere Belastung als die treuhänderische Führung; denn dem TV als Treuhänder des Erben sei gemäß § 670 BGB ein Anspruch auf Befreiung von seiner unbeschränkten Haftung an den Erben zuzubilligen⁷⁾.

Diese Rechtsprechung hat weitgehend Zustimmung gefunden⁸⁾. Sie ist aber auch auf Kritik gestoßen⁹⁾, besonders die Entscheidung des Reichsgerichts.

Zunächst geben beide Entscheidungen keine Begründung dafür, weshalb auf diesem Umweg dem TV weitere Rechte zugebilligt werden können. Allein formale Gesichtspunkte können es schwerlich sein.

Es kann aber nicht übersehen werden, daß das Reichsgericht seine Auffassung, an einer gesellschaftlichen Beteiligung könnten einem TV nie Rechte zustehen, weil die TV stets streng auf den Nachlaß be-

⁵⁾ RGZ 172, 199 (205)

⁶⁾ BGHZ 12, 100 (103)

⁷⁾ BGHZ 12, 100 (104)

⁸⁾ Johannsen, LM Nr. 1 zu § 2216 BGB, Kipp-Coing, § 68 III 2 b, c, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 65, Erman-Hense, § 2205 Anm. 5, Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 14, Donner, DNotZ 1944, 143 (148 f), Holch, DNotZ 1958, 282 (294), Diss. 97 f

⁹⁾ v. Godin, 119, Weiler, DNotZ 1952, 283 (300), Siebert, HF 331 ff, Schilling, Festschrift f. W. Schmidt, 208 (214)

3. Abgewandelte Formen der TV

schränkt sei, die Mitgliedschaft ihrem Wesen nach aber immer über den Rahmen des Nachlasses hinausgehe, durch die Möglichkeit einer derartigen Auflage selbst entkräftet. Darauf weisen Weiler, Schilling und auch der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 8. 10. 1953 hin¹⁰⁾.

Wenn man aber nicht mit Weiler dem Testamentsvollstreckerrecht soweit nachgiebigen Charakter zuschreiben will, daß ihm auch die Mitgliedschaft in einer OHG unterfällt, so zeigen diese Erwägungen nur allzu deutlich, daß der Weg über eine Auflage oder Bedingung nicht ohne weiteres gangbar ist.

2. Erbrechtliche Bedenken gegen eine Verpflichtung

a) Erbrechtliche Bedenken gegen eine Auflage zur Erteilung einer Vollmacht

Eine Auflage ist eine letztwillige Anordnung des Erblasser, durch die er den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichtet, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden, § 1940 BGB¹¹⁾.

Der Begriff der Leistung umfaßt Handlungen und Unterlassen (§ 241 BGB)¹²⁾, damit also jedes Verhalten einer Person. Damit könnte man bei rein formaler Betrachtung auch die Verpflichtung zur Erteilung einer Vollmacht und die Verpflichtung, dem Bevollmächtigten die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte zu überlassen, als erbrechtlich zulässige Auflage ansehen^{12a)}.

Siebert¹³⁾ hat aber gegen eine derartige Möglichkeit Bedenken erhoben. Die Auflage solle nach der gesetzlichen Regelung den Erben zu einer Leistung verpflichten, die auf den Nachlaß Bezug habe. Die Leistung des durch eine Auflage Beschwerten müsse, mindestens wirtschaftlich betrachtet, aus dem Nachlaß stammen. Das sei aber hier nicht gewährleistet. Daher könne die Auflage nicht eine Verpflichtung des Erben zur Vollmachterteilung zum Gegenstand haben.

Wenn auch die Auffassung Sieberts im Ergebnis zutreffend ist, so überzeugt die Begründung nicht. Sicher wird in der Regel eine Auflage auf den Nachlaß Bezug haben. Doch ist das nicht zwingend erforderlich. Die auferlegte Leistung braucht nicht einmal Ver-

¹⁰⁾ BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB, Weiler a.a.O. 300, Schilling a.a.O. 214

¹¹⁾ Kipp-Coing, § 64 I (271), Planck-Flad, § 1940 Anm. 3, RGR-Komm. § 1940 Anm. 2, Staudinger-Lehmann, § 1940 Anm. 3, Staudinger-Seybold, Vorbem. 1 vor § 2192 BGB

¹²⁾ Staudinger-Lehmann, § 1940 Anm. 6

^{12a)} Rehlinger, Diss. 77

¹³⁾ Siebert, HF 333

§ 9. Die Bevollmächtigung des TV

mögenswert zu haben¹⁴⁾. Man denke nur an Auflagen, die der Erblasser zu seinem Gedächtnis anordnet. Der Erblasser kann nach h. M.¹⁵⁾ zur Vollziehung einer Auflage auch einen Gegenstand bestimmen, der überhaupt nicht zur Erbschaft gehört. Doch da die Verbindlichkeiten aus Auflagen zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören, haftet der beschwerte Erbe für deren Erfüllung nur nach erbrechtlichen Grundsätzen, § 1967 Abs. 2 BGB¹⁶⁾. Er kann also seine Haftung auf den Nachlaß beschränken. Hierzu bedarf es nicht einmal eines förmlichen Verfahrens nach §§ 1975 ff BGB wie bei den übrigen Nachlaßschulden. Gegenüber übermäßigen Auflagen kann der Erbe stets, also nicht nur bei sog. unzulänglichem Nachlaß, die Erfüllung der Auflage „insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht“, §§ 1992 Satz 1, 1990, 1991 BGB. Die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände kann er durch Zahlung ihres Wertes abwenden, § 1992 Satz 2 BGB.

Mit dieser Regelung steht eine Auflage in unlösbarem Widerspruch, durch die der Erbe verpflichtet wird, dem TV eine Vollmacht für die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte zu erteilen, da mit der Gesellschafterstellung des Erben seine unbeschränkte persönliche Haftung verbunden ist.

Den Bestimmungen des Erbrechts wird man nicht insoweit dispositiven Charakter beilegen können. Soweit also Auflagen vermögensrechtlichen Charakter haben, muß dem Erben stets die Möglichkeit bleiben, die Erfüllung der Auflage zu verweigern, wenn der Nachlaß nicht ausreicht. Die Erteilung einer Vollmacht ist aber an sich nicht ein Rechtsgeschäft, durch das ein Vermögensrecht begründet oder übertragen wird. Dem Auflagebegünstigten soll durch sie kein Vermögenswert zugewendet werden, sondern der Erbe soll ihm lediglich abstrakt die Macht einräumen, ihn als Gesellschafter im Rahmen seiner Gesellschaftsbeteiligung zu vertreten. Dabei darf der TV seine Machtposition nicht einmal in seinem Interesse ausüben, sondern ist auf Grund des TV-Verhältnisses zu ordnungsgemäßer Verwaltung verpflichtet.

Doch wirkt sich eine derartige Auflage auf die vermögensrechtliche Stellung des Erben recht erheblich aus, da mit seiner Stellung als persönlich haftender Gesellschafter seine unbeschränkte persönliche Haftung verbunden ist. Es ist unbedenklich, wenn man auch

¹⁴⁾ Planck-Flad, § 1940 Anm. 3, RGR-Komm. § 1940 Anm. 2, Staudinger-Lehmann, § 1940 Anm. 6, Staudinger-Seybold, Vorbem. 2 vor § 2192 BGB, Kipp-Coing, § 64 I zu N. 3, a. A. Kipp und Kipp-Coing, 9. Auflage, § 59 VI

¹⁵⁾ Kipp-Coing, § 65 II. Dann entspr. Anwendung der §§ 2169, 2170 BGB

¹⁶⁾ RGR-Komm. § 1940 Anm. 2, Vorbem. vor § 2192 BGB, Staudinger-Seybold, § 2192 Anm. 2

3. Abgewandelte Formen der TV

einer derartigen Auflage vermögenswerten Charakter zuerkennt. Dann aber müßte der Erbe nach der gesetzlichen Regelung des BGB seine Haftung für sämtliche Folgen, die sich aus der Erfüllung der Auflage ergeben, auf den Nachlaß beschränken können. Das ist aber bei einer Mitgliedschaft in einer OHG wesensmäßig nicht möglich.

Schon wenn man die Vererbung einer OHG-Beteiligung zuläßt, werden nach h. M.¹⁷⁾ die erbrechtlichen Haftungsbestimmungen vom Gesellschaftsrecht her durchbrochen. Hueck erachtet sogar eine testamentarische Anordnung des Erblassers für zulässig, durch die dem Erben auferlegt wird, als persönlich haftender Gesellschafter in eine OHG einzutreten, ohne daß der Erbe berechtigt wäre, nach § 139 HGB die Stellung als Kommanditist zu wählen¹⁸⁾. Bei Anordnung einer derartigen Auflage ist dem Erben jede Möglichkeit genommen, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Er wird durch eine derartige Auflage gerade notwendig zur Übernahme der unbeschränkten persönlichen Haftung verpflichtet, sofern er die Erbschaft nicht ausschlagen will. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Erblasser in dieser Weise den Erben zur Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters verpflichten kann; denn bei einer Auflage, durch die der Erblasser den Erben zur Erteilung einer Vollmacht für den TV verpflichtet, treten noch andere Gesichtspunkte hinzu.

Der Gesetzgeber hat dem TV nur eine gegenständlich beschränkte Vertretungsmacht zugestanden, weil es dem Erblasser nicht in die Hand gegeben ist, den Erben auch hinsichtlich seines persönlichen Vermögens der Herrschaft des TV auszuliefern und damit den TV zum Vormund des Erben zu machen. Diese gesetzliche Regelung ist zwingend. Es geht nun nicht an, daß der Erblasser unter Ausnutzung anderer Rechtsinstitute dieses für die TV zwingende Rechtsprinzip beiseite schiebt. Aus der gesetzlichen Regelung der TV kann nämlich für das Erbrecht entnommen werden, daß es dem Erblasser verwehrt ist, durch die Zuwendung des Nachlasses den Erben auch hinsichtlich seines persönlichen Vermögens zu belasten, ohne daß für den Erben die Möglichkeit besteht, dieses Haftungsrisiko zu beherrschen. Der Erblasser kann seine Testierfreiheit nicht dazu benutzen, dem Erben durch Zuwendung des Nachlasses auch hinsichtlich des persönlichen Vermögens Beschränkungen aufzuerlegen. So wenig wie er die TV über die gesetzliche Beschränkung hinaus erweitern kann, hat er die Möglichkeit, den Erben zur Erteilung einer Vollmacht für den TV zu verpflichten. Die Grenze einer derartigen Auflage liegt nicht erst in der Sittenwidrigkeit, wie es das Oberlandesgericht München annahm^{18a)}, sondern in der besonderen Ausgestaltung des

¹⁷⁾ Vgl. Anm. 5 zu § 5

¹⁸⁾ Hueck, OHG 264, abweichend v. Godin, JR 1948, 61 (65)

^{18a)} OLG München, JFG 14, 428, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 60

§ 9. Die Bevollmächtigung des TV

Erbrechts. Die TV entfaltet insoweit eine Sperrwirkung für ähnliche testamentarische Anordnungen. Andernfalls wäre es bedeutungslos, davon zu sprechen, daß die Macht eines TV zwingend auf den Nachlaß beschränkt sei, wenn der Erblasser den Erben verpflichten könnte, durch Erteilung einer Vollmacht und Überlassung der Rechtsausübung die Macht des TV über den Nachlaß hinaus zu erweitern.

Ferner ist bei diesem Problem zu berücksichtigen, daß die Auflageverpflichtung nach modernem Recht grundsätzlich nicht an die Person des Beschwerten gebunden ist, sondern an der Erbeinsetzung haften würde. Die Erfüllung einer Auflage zur Vollmachterteilung kann also nicht durch Ausschlagung der erbrechtlichen Zuwendung umgangen oder beseitigt werden¹⁹⁾.

Das hat aber zur Folge, daß jeder potentielle Erbe, zuletzt der Fiskus, an diese Auflage gebunden wäre. Allein das ist schon ein unmögliches Ergebnis und kann nicht hingenommen werden.

Damit kommt eine Auflage an den Erben, dem TV die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten zu überlassen und zu diesem Zweck Vollmacht zu erteilen, nicht in Frage²⁰⁾.

b) Die Erteilung einer Vollmacht als Bedingung

Der Bundesgerichtshof ließ in seiner Entscheidung vom 18. 1. 1954 auch zu, daß der Erblasser durch letztwillige Anordnung einer entsprechenden *B e d i n g u n g* den Erben verpflichten könne, dem TV die Befugnis einzuräumen, auch über den Rahmen des § 2206 BGB hinaus persönliche Verpflichtungen für den Erben einzugehen²¹⁾.

Der Erblasser kann eine letztwillige Zuwendung aufschiebend oder auflösend von einer Bedingung abhängig machen, §§ 2074, 2075 BGB. So kann er die Verpflichtung des Erben, die Ausübung seiner gesellschaftlichen Stellung einem anderen, dem TV, zu überlassen und ihn zu diesem Zweck zu bevollmächtigen, in die Form einer Bedingung einkleiden. Da hierbei der Eintritt oder Nichteintritt des Ereignisses vom Willensentschluß des Erben abhängt, handelt es sich um eine sog. Willkürbedingung. Erst wenn der Erbe dem TV die Berechtigung einräumt, für ihn die mitgliedschaftlichen Rechte in einer OHG wahrzunehmen, erwirbt er die Erbschaft (aufschiebende Bedingung), oder der Erbanfall an ihn wird wieder rückgängig gemacht, wenn er dem TV nicht binnen einer Frist die Ausübung der gesellschaftlichen Rechte überläßt (auflösende Bedingung). Die Stellung des Bevollmächtigten könnte der Erblasser noch dadurch sichern, daß er die Entziehung der Vollmacht zur auflösenden Bedingung des Erbanfalls erhebt.

¹⁹⁾ Stifel, Diss. 127, 128, Staudinger-Seybold, § 2160 Anm. 63

²⁰⁾ Weipert, § 139 Anm. 13, Siebert, HF 333

²¹⁾ BGHZ 12, 100 (103), zustimmend Kipp-Coing, § 68 III 2 b, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 60, 64, Holch, DNotZ 1958, 282 (294), Diss. 98

3. Abgewandelte Formen der TV

Im Gegensatz zur Anordnung einer Auflage wird der Erbe nicht zur Überlassung der mitgliedschaftlichen Rechte an den TV verpflichtet. Die Bevollmächtigung des TV ist lediglich die Voraussetzung des Erbanfalls, sie selbst steht im Belieben des Bedachten.

Der Erbe wird durch die Anordnung einer derartigen Bedingung nicht vom Erblasser verpflichtet, die Verpflichtungsmacht des TV über den Nachlaß hinaus zu erweitern. Die letztwillige Verfügung wird lediglich davon abhängig gemacht. Die Bedingung beläßt dem Erben im Gegensatz zur Auflage die Handlungsfreiheit²²⁾. Dennoch übt die Verheißung von Vermögensvorteilen, wie sie in der Einsetzung zum Erben liegen, stets einen Einfluß auf den Willensentschluß des Bedachten aus²³⁾. Dadurch wird der Erblasser in der Regel sein Ziel erreichen. Man könnte nun einwenden, daß eine derartige Differenzierung der Beurteilung, je nachdem ob eine Auflage oder eine Bedingung vorliegt, allzu begrifflich und tatsächlich ohne Bedeutung sei. Auch bei Einkleidung in Form einer Bedingung wolle der Erblasser nichts anderes, als die gesetzlich zwingende Regelung der TV umgehen und doch den Erben über den Nachlaß hinaus der Vertretung durch den TV unterwerfen.

Von einer Rechtsumgehung kann in diesem Fall aber nicht gesprochen werden. Im Begriff der Umgehung liegt der Wille, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, das infolge der zwingenden Ausgestaltung bestimmter Rechtsinstitute nicht herbeigeführt werden kann. Von einer Rechtsumgehung spricht man dann, wenn die Parteien sich scheinbar zulässiger Mittel bedienen, um einen von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg zu erreichen. Auf unseren Fall angewendet heißt das, daß es dem Erblasser verwehrt ist, durch die Wahl anderer an sich möglicher Rechtsformen die vom Gesetz zwingend beschränkte Verpflichtungsmacht des TV zu erweitern, da es ihm nicht möglich ist, den Erben über den Nachlaß hinaus der Herrschaft eines anderen zu unterwerfen. Deshalb kann der Erblasser den Erben nicht durch eine Auflage verpflichten, dem TV die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte zu überlassen. Bei der Bedingung beläßt er aber dem Erben die Freiheit, den TV zu bevollmächtigen oder nicht. Vom Entschluß des Erben macht er lediglich seine erbrechtliche Zuwendung abhängig. Da aber Erbeinsetzungen unter einer Bedingung zugelassen sind, kann die bloße Absicht des Erblassers, doch dem TV eine Berechtigung über den Nachlaß hinaus zu verschaffen, nicht genügen, um eine unzulässige Gesetzesumgehung anzunehmen.

²²⁾ Planck-Flad, § 1940 Anm. 3, RGR-Komm. § 1940 Anm. 4, Staudinger-Lehmann, § 1940 Anm. 15

²³⁾ Spiess, Diss. 43

§ 9. Die Bevollmächtigung des TV

So kann z. B. nicht Gegenstand einer Auflage sein, ein Kind anzunehmen oder die Ehe einzugehen oder seinen Familiennamen zu ändern. Derartiges kann nicht Gegenstand einer Schuldverpflichtung sein. Dagegen kann der Erblasser Anordnungen dieser Art zu Bedingungen seiner Zuwendung erheben. Die Verwirklichung der Bedingung darf sich nur nicht gegen ein gesetzliches Verbot richten und darf auch nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Das liegt aber nicht vor, wenn der Erbe dem TV eine Vollmacht zur Ausübung seiner Rechte in der OHG erteilt.

Vom Erbrecht her bestehen also keine Bedenken dagegen, daß der Erblasser die Erbeinsetzung davon abhängig macht, daß der Erbe die Ausübung der gesellschaftlichen Rechte dem TV überläßt und ihn zu diesem Zweck bevollmächtigt²⁴). Dadurch wird der Erbe nicht zur Erteilung der Vollmacht rechtlich verpflichtet²⁵), sondern die Erbeinsetzung wird lediglich von dieser Bedingung abhängig gemacht.

Doch darf für den Regelfall, worauf Siebert zutreffend hinweist²⁶), nicht unterstellt werden, daß der Erblasser die Erbeinsetzung davon abhängig machen wollte, daß der Erbe dem TV für die Mitgliedschaft in der Gesellschaft Vollmacht erteilt. Das kann nicht einmal stets dann angenommen werden, wenn im Testament ausdrücklich bestimmt ist, daß der Erblasser es dem Erben zur Bedingung mache, die Wahrnehmung der gesellschaftlichen Belange dem TV zu überlassen; denn zumeist wird der Erblasser lediglich gewollt haben, daß der Erbe verpflichtet ist, der Anordnung zu entsprechen, und ihm somit lediglich eine Auflage machen wollen, die aber in diesem Fall nicht aufrechterhalten werden kann. Lediglich wenn in einem öffentlichen Testament diese Terminologie gebraucht wird, kann man davon ausgehen, daß der Wille des Erblassers in diese Richtung ging; denn einem Notar müssen diese Begriffe geläufig sein. Doch auch hier kann das nicht allgemein angenommen werden, da die Auffassung des Erblassers maßgebend ist und der Notar irrig angenommen haben konnte, die von ihm gewählte Formulierung gebe den Willen des Erblassers wieder²⁷). Nur wenn der Wille des Erblassers eindeutig ist, kann angenommen werden, daß die Erbeinsetzung unter der Bedingung erfolgen sollte, daß der Erbe die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte dem TV überläßt. Ferner ist zu berücksichtigen, daß von dieser Bedingung grundsätzlich nur die erste Erbeinsetzung abhängig ist.

²⁴) So auch Siebert, HF 334

²⁵) Wie der BGH in BGHZ 12, 100 (103) fälschlich annimmt

²⁶) Siebert, HF 334

²⁷) Vgl. dazu Palandt-Rechenmacher, § 2269 Anm. 3 bei ähnlicher Problematik

3. Abgewandelte Formen der TV

3. Gesellschaftsrechtliche Bedenken

Gegen eine Auflage, durch die der Erbe verpflichtet wird, die Ausübung seiner gesellschaftlicher Rechte einem anderen zu überlassen, bestehen auch vom Gesellschaftsrecht her Bedenken. Durch eine derartige Anordnung würde der Erblasser den Erben verpflichten, sich der Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte zu begeben und sich durch den TV vertreten zu lassen. Damit würde aber die Mitgliedschaft in unzulässiger Weise aufgespalten werden. Der Erbe soll zwar nicht sämtliche Mitgliedschaftsrechte auf den TV übertragen, er soll ihm aber eine unwiderrufliche Vollmacht unter gleichzeitigem Verzicht, selbst die mitgliedschaftlichen Rechte auszuüben, geben. Da der TV dann nach seinem Ermessen die Gesellschafterstellung wahrnehmen könnte, der Erbe aber von jeder Einflußnahme auf die Gesellschaft ausgeschlossen wäre, wäre die gesamte Rechtsausübung von der Mitgliedschaft getrennt und einem anderen übertragen.

Eine derartige Aufspaltung der Gesellschafterstellung widerspricht dem Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft²⁸⁾.

Den gleichen Bedenken begegnet eine Bedingung im Testament, durch die der Erbe dem TV eine unwiderrufliche Vollmacht für seine Mitgliedschaft erteilen und sich der Ausübung der gesellschaftlicher Rechte enthalten soll. Der Erbe kann in dieser Form die Bedingung gar nicht herbeiführen; denn die wesentlichen Gestaltungsprinzipien des Gesellschaftsrechts unterliegen nicht der Privatautonomie der Gesellschafter²⁹⁾. Auch mit Zustimmung des Erben und sämtlicher Gesellschafter kann nicht die Gesellschafterstellung dahingehend auseinanderfallen, daß Mitgliedschaft und Ausübung der Mitgliedschaftsrechte bei verschiedenen Personen liegen. Der Gesellschafter-Erbe muß vom Gesellschaftsrecht her jederzeit die Möglichkeit haben, an den Grundentscheidungen der Gesellschaft mitzuwirken.

Dagegen kann eine Bedingung vorsehen, daß der Erbe dem TV widerruflich Vollmacht für seine Gesellschafterstellung in der OHG erteile. Die Vollziehung einer derartigen Bedingung ist gesellschaftsrechtlich möglich, wenn die übrigen Gesellschafter zustimmen; denn das Wesen der Mitgliedschaft wird nicht dadurch berührt, daß der Gesellschafter seine Rechte durch einen Bevollmächtigten ausübt. Die Macht des TV besteht dann nur so lange, wie der Gesellschafter-Erbe sich ihr freiwillig unterordnet, und hängt somit vom guten Willen des Erben ab.

²⁸⁾ BGHZ 3, 354 und vgl. oben § 6

²⁹⁾ Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 62 II (333)

§ 9. Die Bevollmächtigung des TV

Der Erblasser kann sich aber vom Erbrecht her dagegen absichern, daß der Erbe auf diesem Wege allzu leicht die lästige Bedingung beiseite schiebt. Er kann den Erben zwar nicht verpflichten, die einmal erteilte Vollmacht nicht zu widerrufen. Eine derartige Auflage würde den Erben rechtlich ebenso binden wie die Auflage, dem TV die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte zu überlassen, und begegnet denselben erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Bedenken. Er kann aber die Erbeinsetzung von der auflösenden Bedingung abhängig machen, daß der Erbe die Vollmacht des TV widerrufe. Der Erbe ist in diesem Fall nicht verpflichtet, von seinem Widerrufsrecht keinen Gebrauch zu machen, sondern die Möglichkeit des Widerrufs bleibt in sein Belieben gestellt, mag auch die Verheißung der Erbeinsetzung tatsächlich einen Einfluß auf seinen Willensentschluß gewinnen.

Siebert³⁰⁾ lehnt eine Auflage und auch eine Bedingung, durch die der Gesellschafter-Erbe dem TV die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte zu überlassen hat, stets aus gesellschaftsrechtlichen Bedenken ab. Die Persönlichkeitsbezogenheit der Mitgliedschaftsrechte verbiete es wegen der mit ihr verbundenen unbeschränkten persönlichen Haftung des Gesellschafters, daß dem Gesellschafter die eigene Entscheidungsfreiheit ohne seine Zustimmung genommen werde. Für unser Rechtssystem will er als Auswirkung des Prinzips der Verknüpfung von Herrschaft und Haftung den folgenden Grundsatz aufstellen: „Außerhalb der notwendigen gesetzlichen Vertretung gibt es keine Fälle, in denen jemand persönlich haften muß, aber in den Entscheidungen, die eine solche Haftung begründen können, unfreiwillig der Entscheidungsgewalt eines anderen unterworfen ist“³⁰⁾.

Ob dieser Grundsatz für das gesamte Recht gilt, bedürfte einer eingehenden Untersuchung, die im Rahmen dieser Arbeit nicht durchgeführt werden kann. Sie wäre für unser Problem auch überflüssig, denn aus den bisherigen Feststellungen ergibt sich, daß dieser Grundsatz für das Recht der TV gilt und auch der besonderen Rechtsausgestaltung der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft zugrunde liegt. Wie sich aus unseren Untersuchungen ergibt, kann der TV den Erben gegen dessen Willen nicht über den Nachlaß hinaus auch hinsichtlich dessen persönlichen Vermögens verpflichten. Für die Mitgliedschaft ist wesentlich, daß die einzelnen Mitgliedschaftsrechte von der Gesellschafterstellung in der OHG nicht abgespalten werden können und somit der Gesellschafter jederzeit die Möglichkeit behalten muß, an den Entscheidungen der Gesellschaft mitzuwirken, für die er mit seiner unbeschränkten persönlichen Haftung einzustehen hat. Deshalb (aus beiden Gründen) kann der

³⁰⁾ Siebert, HF 335

3. Abgewandelte Formen der TV

Erblasser den Erben für die Mitgliedschaft in der OHG nicht gegen dessen Willen der Entscheidungsgewalt des TV unterwerfen. Er kann ihn auch nicht durch eine Auflage verpflichten, dem TV die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte zu überlassen und ihm Vollmacht zu erteilen.

Der Erbe kann dem TV aber freiwillig die Wahrnehmung der gesellschaftlichen Rechte überlassen und ihn bevollmächtigen. Falls es dem Erblasser entscheidend darauf ankommt, daß nicht der Erbe, sondern der TV in der Gesellschaft tätig wird, kann er die Erbeinsetzung von der Bedingung abhängig machen, daß der Erbe dem TV die Befugnis einräumt, ihn in der Gesellschaft zu vertreten³¹⁾. Eine derartige bedingte Erbeinsetzung bindet den Erben rechtlich nicht, sich der Entscheidungsgewalt des TV zu unterwerfen, sondern beläßt ihm die Entscheidungsfreiheit. Da das Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft es nicht zuläßt, daß sich der Gesellschafter durch Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht der Rechtsausübung begibt, kann es sich stets nur um eine wider-
rufliche Vollmacht handeln. Der Erblasser kann sich aber gegen ein allzu leichtes Beiseiteschieben der lästigen Bedingung dadurch sichern, daß er den Widerruf der Vollmacht zur auflösenden Bedingung des Erbanfalls macht.

§ 10. Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder

Nicht immer wird der Erbe dem Testamentsvollstrecker die Ausübung der gesellschaftlichen Rechte freiwillig überlassen und ihm Vollmacht erteilen. Nur in höchst seltenen Fällen wird auch die Erbeinsetzung unter dieser Voraussetzung bedingt sein. Dann ist es dem TV verwehrt, die Mitgliedschaft im Namen der Erben auszuüben. Es verbleibt ihm nur die Möglichkeit, die Mitgliedschaft als Treuhänder zu übernehmen; für die Gesellschaftsschulden haftet er dann aber unbeschränkt persönlich.

Diese abgewandelte Form der TV ist von der Rechtsprechung zunächst für das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns entwickelt worden und hat im Schrifttum einhellig Zustimmung gefunden¹⁾. Wenn ein Erblasser die Weiterführung seines Handelsgeschäfts einem TV übertragen habe, so könne der TV diese Anordnung da-

³¹⁾ A. A. Siebert, HF 334 f, aber zu weitgehend

¹⁾ RGZ 132, 138 (142), BGHZ 12, 100 (102), KG JW 1936, 1137, KG JW 1937, 2599, KG JFG 18, 276, OLG München, JFG 14, 428 (431, 432), Bondi, JW 1931, 3073 (3074 unter Va), Johannsen, LM Nr. 1 zu § 2216 BGB, Kipp-Coing, § 68 III 2 b, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 58, Haegele, TV 37, Hueck, ZHR 108, 1 (28), Donner, DNotZ 1944, 143 (144), a. A. anscheinend Groschuff, JW 1938, 1361 (1362)

§ 10. Der TV als Treuhänder

durch ausführen, daß er das Handelsgeschäft im eigenen Namen unter seiner persönlichen Haftung als Treuhänder für den Erben betreibe. Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 11.4.1957²⁾ auch für den Fall bestätigt, daß zum Nachlaß des Erblassers ein vererblicher Anteil an einer Personengesellschaft gehört und der Erblasser gerade deshalb eine Verwaltungsvollstreckung angeordnet hat.

Doch darf bei aller Zustimmung zu dieser Möglichkeit nicht verkannt werden, daß eine Gleichsetzung mit dem Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns nicht ohne weiteres selbstverständlich ist.

I. Wenn der Erblasser nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt hat, wird man bei Anordnung einer TV diese Verfügung regelmäßig dahingehend verstehen können, daß der TV berechtigt ist, die Gesellschafterstellung des Erben als Treuhänder zu übernehmen³⁾ 4).

Mangels abweichender Anhaltspunkte liegt in einer derartigen Anordnung zugleich ein Vermächtnis bzw. eine Auflage, die Mitgliedschaft treuhänderisch fortzuführen, wenn der Erbe nicht damit einverstanden ist, daß der TV die Mitgliedschaftsrechte für ihn in der Gesellschaft ausübt⁵⁾. Im Gegensatz zum Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns scheint das für den Erben eine erhebliche Minderung seiner Rechtsstellung zu bedeuten. Bei der treuhänderischen Fortführung eines Handelsgeschäfts nämlich wird der TV nicht Eigentümer des Geschäftsvermögens.

Will er dagegen die Gesellschafterstellung in einer OHG als Treuhänder fortführen, so muß er als Gesellschafter in die OHG eintreten und die Mitgliedschaft des Erben übernehmen. Der Erbe scheidet damit solange aus der Gesellschaft aus. Der Erblasser wird diesen Weg in der Regel billigen, wenn er für die Mitgliedschaft eine TV anordnet, da sie andernfalls rechtlich nicht durchzuführen ist. Der Erbe verliert zwar die Mitgliedschaft in der Gesellschaft, daran scheitert aber nicht eine treuhänderische Verwaltung. Nach

²⁾ BGHZ 24, 106 (112 f)

³⁾ Für das Handelsgeschäft: KG JFG 18, 276 (280 f) mit zust. Anm. von Vogels in DJ 1939, 1008, BGHZ 12, 100 (102)

Für die Gesellschaftsbeteiligung: BGHZ 24, 106 (112) mit zust. Anm. von Fischer in LM Nr. 1 zu § 2218 BGB, Siebert, HF 338

⁴⁾ Eine treuhänderische Übernahme halten für zulässig: BGHZ 24, 106 (112), Hueck, OHG 17, Kipp-Coing, § 68 III 2 c, Staudinger-Dittmann, Vorbem. 70, § 2205 Anm. 68, Sommer, DNotZ 1936, 937 (938, 942), Donner, DNotZ 1944, 143 (144), Fischer in LM Nr. 1 zu § 2218 BGB, Holch, DNotZ 1958, 282 (291, 296), Diss. 92, 102, Siebert, HF 337 f, Schilling, Festschrift f. W. Schmidt, 208 (215), Baumbach-Duden, § 139 Anm. 4 D, Haegel, TV 38, DRpfl 1956, 182 (185), Schneider-Zartmann-Martin, 434, a b l e h n e n d Hackl, Diss. 41 f

⁵⁾ BGHZ 24, 106 (112)

3. Abgewandelte Formen der TV

der gesetzlichen Regelung der TV ist der Erbe der Rechtsträger, lediglich die Verfügungsgewalt über die Nachlaßgegenstände ist ihm genommen.

Der Unterschied zur gesetzlichen Form der TV erscheint zwar deshalb bedeutsam, er erweist sich aber doch im wesentlichen als nur rechtskonstruktiv, da der Erbe bei der gesetzlichen Verwaltung des TV seine Rechtsstellung nicht zu realisieren vermag. Für den Erben bedeutet die treuhänderische Übernahme der Gesellschaftsbeteiligung durch den TV kein persönliches Risiko, da er von dieser Regelung in seinem persönlichen Vermögen nicht berührt wird. Bei einer treuhänderischen Übernahme bleibt die Tätigkeit des TV sogar am wirksamsten auf den Nachlaß beschränkt, da sich Dritte überhaupt nicht an den Erben wenden können.

Im Verhältnis zwischen ihm und dem TV beurteilt sich aber das der Treuhand zugrunde liegende Verhältnis nach dem Recht der Testamentsvollstreckung. Das auftragsähnliche Verhältnis wurde durch letztwillige Verfügung des Erblassers begründet und ist damit in das Testamentsvollstreckerrecht eingebettet, so daß der TV dem Erben verpflichtet ist, dessen Beschränkungen einzuhalten⁶⁾.

Nur für den TV ist der Unterschied zwischen der Führung als TV und der Führung als Treuhänder erheblich; denn als Gesellschafter in der OHG wird er persönlich mit der unbeschränkten Gesellschaftshaftung belastet. Daran, daß er in der Regel im Interesse eines anderen ein derartiges Risiko nicht auf sich nehmen wird, wird auch eine treuhänderische Übernahme zumeist scheitern, wenn sich der Erblasser des TV nicht besonders versichert hat. Der TV hat zwar gegen den Erben hinsichtlich seiner Aufwendungen aus der Treuhand einen Ersatzanspruch (§ 670 BGB). Doch besteht dieser nur bis zur Grenze des Nachlasses, das persönliche Vermögen des Erben kann der TV nicht in Anspruch nehmen⁷⁾. Vielfach wird dieser Anspruch des treuhänderischen TV in der Rechtsprechung⁸⁾ und im Schrifttum⁹⁾ nicht begrenzt. Er wird anscheinend in unbeschränkter Höhe gegen den Erben gegeben. Bei einer derartigen Annahme wird aber der Erbe doch im Ergebnis mit der unbeschränkten persönlichen Haftung belastet, die Haftung wird lediglich vom Außen- in das Innenverhältnis verlagert¹⁰⁾.

Das geht aber nicht an. Wenn die gesetzliche Verwaltung des TV abgelehnt wird, weil die Macht des TV dem Erben gegenüber zwingend auf den Nachlaß beschränkt bleiben muß, kann man nicht auf

⁶⁾ KG JFG 18, 276 (281), Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 59, Holch, DNotZ 1958, 282 (292), Diss. 92 f

⁷⁾ Siebert, HF 337 f

⁸⁾ BGHZ 12, 100 (104)

⁹⁾ Holch a.a.O. 292, Diss. 94, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 59

¹⁰⁾ Weiler, DNotZ 1952, 283 (295 Anm. 39)

§ 10. Der TV als Treuhänder

diesem Umweg den Erben mit der unbeschränkten Haftung belasten. Das muß erst recht gelten, wenn sich, wie auch Vertreter der hier abgelehnten Auffassung annehmen¹¹⁾, bei einer treuhänderischen Übernahme der Gesellschaftsbeteiligung das Verhältnis des TV zu dem Erben (das sog. Innenverhältnis) nach der gesetzlichen Regelung der TV bestimmt. Da das auftragsähnliche Verhältnis zwischen dem treuhänderischen TV und dem Erben in das Testamentsvollstrecker-Verhältnis eingebettet ist, kann es auch nicht über den Nachlaß hinausgreifen¹²⁾. Der Testamentsvollstrecker kann Befreiung von der Gesellschafterhaftung nur verlangen, soweit die Mittel des Nachlasses ausreichen.

Enthält der Gesellschaftsvertrag eine TV-Klausel, so müssen die übrigen Gesellschafter es auch hinnehmen, daß der TV als Treuhänder in die Gesellschaft eintritt¹³⁾. Da eine TV in der gesetzlichen Form nicht möglich ist, liegt in der TV-Klausel auch stets die Zustimmung, daß der vom Erblasser ausersehene TV die Mitgliedschaft in der Gesellschaft als Treuhänder übernimmt und damit auch Gesellschafter wird. Eine Zustimmung der Erben ist nicht erforderlich¹⁴⁾, da sie in ihrer Rechtsstellung persönlich nicht berührt werden. Wenn der TV nach Beendigung seines Amtes die Mitgliedschaft in der Gesellschaft wieder auf den Erben zurückübertragen will, bedarf es nicht noch einmal einer besonderen Zustimmung der übrigen Gesellschafter¹⁵⁾. Durch die Vererblichkeitsklausel im Gesellschaftsvertrag haben sie bekundet, daß sie mit den Erben ihres verstorbenen Gesellschafters die OHG fortsetzen. Gibt der TV die Mitgliedschaft an den Erben zurück, so können sie nicht einwenden, daß ihnen nunmehr eine fremde Person als Gesellschafter aufge-drängt wird.

Die treuhänderische Übernahme der Gesellschafterstellung widerspricht nicht dem Wesen der Mitgliedschaft und hat außerdem für sich, daß sie Herrschaft und Haftung in der Person des TV verbindet.

II. Die Frage ist nur, ob bei einer treuhänderischen Verwaltung eine unmittelbare Übertragung der Mitgliedschaft stattfindet, denn nur dann bleibt die Identität der Gesellschafterstellung erhalten. Andernfalls wird diese Form der Verwaltung zwar nicht unmöglich, sie gestaltet sich aber erheblich schwieriger. Ob die Mitgliedschaft in

¹¹⁾ Holch, DNotZ 1958, 282 (296, 300), Diss. 102, 112.

Deshalb ist auch die Ansicht Weilers, DNotZ 1952, 283 (295 Anm. 39) falsch, daß der Erbe bei einer derartigen Konstruktion auf die Gesellschaft Einfluß nehmen könnte

¹²⁾ Siebert, HF 338, Sommer, DNotZ 1936, 937 (938)

¹³⁾ Fischer, LM Nr. 1 zu § 2218 BGB

¹⁴⁾ Sommer a.a.O. 941

¹⁵⁾ Fischer, LM Nr. 1 zu § 2218 BGB

3. Abgewandelte Formen der TV

einer Personengesellschaft unmittelbar übertragen werden kann, ist heftig umstritten¹⁶⁾. Dabei handelt es sich in erster Linie um ein rechtskonstruktives Problem.

1. Heute ist man sich im wesentlichen einig, daß mit Zustimmung aller Gesellschafter ein Mitgliederwechsel möglich ist, ohne daß die Gesellschaft aufgelöst oder sonst die Identität der Gesellschaft berührt wird. Weitgehend bestritten ist aber, ob ein derartiger Mitgliederwechsel durch unmittelbare Übertragung der Mitgliedschaft erfolgen kann.

Man hat früher eine echte Übertragung der Mitgliedschaft weitgehend für unmöglich gehalten und den Mitgliederwechsel als eine Kombination von Ausscheiden des früheren Gesellschafters und Eintritt des neuen angesehen¹⁷⁾. Der „Veräußerer“ scheidet aus der Gesellschaft aus, und der „Erwerber“ wird durch Abschluß eines Aufnahmevertrages mit den übrigen Gesellschaftern Mitgesellschafter. Die Identität der Mitgliedschaft bleibt bei einer derartigen Auffassung nicht erhalten. Sie bleibt nur dann gewahrt, wenn man eine Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung zuläßt. Bei der Vererbung einer Gesellschafterstellung hatten wir gesehen, daß die Mitgliedschaft in einer OHG sehr wohl als eine rechtliche Einheit angesehen werden kann und deshalb auch als Einheit vererbt wird und in den Nachlaß fällt¹⁸⁾. Im Laufe dieser Untersuchung hat sich ergeben, daß eine willkürliche Aufspaltung der Gesellschafterstellung mit dem Wesen der Mitgliedschaft nicht vereinbar ist¹⁹⁾. Die Gesellschafterrechte, die der Mitgliedschaft ihr Gepräge geben, die sog. Herrschafts- und Verwaltungsrechte, sind der Mitgliedschaft gegenüber unselbständig und können nicht Gegenstand im Rechtsverkehr sein. Damit ist es unmöglich, die Mitgliedschaft als Summe der einzelnen mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten anzusehen. Nur die Mitgliedschaft ist rechtlich selbständig. Deshalb kann sie auch als Einheit vererbt werden. Eine echte Übertragung unter Lebenden soll aber daran scheitern, daß der Gesellschafter zugleich der Partner eines Schuldverhältnisses ist und der Erwerber erst durch den Abschluß eines Aufnahmevertrages mit den übrigen Gesellschaftern in unmittelbare vertragliche Beziehungen zu jedem einzelnen der übrigen Gesellschafter tritt²⁰⁾. Hueck ist zwar mit dem

¹⁶⁾ D a f ü r: BGHZ 13, 179, Hueck, OHG 257, JZ 1954, 505, Liebisch, ZHR 116, 128 (132 Anm. 11), Siebert, GV u. ErbR 16 (anders aber StbJB 314)
D a g e g e n: Haupt-Reinhardt 69, v. Godin, JR 1948, 61 (65), Buchwald, BB 1955, 52

¹⁷⁾ Haupt-Reinhardt, 69, v. Godin, JR 1948, 61 (65)

¹⁸⁾ § 1 II 2 b

¹⁹⁾ § 6 I

²⁰⁾ Siebert, StbJB 314, vgl. Siebert, GV u. ErbR Anm. 21

§ 10. Der TV als Treuhänder

Bundesgerichtshof der Ansicht, daß der Erwerber den „Gesellschaftsanteil“ des Veräußerers übernimmt. Doch muß nach seiner Ansicht „mit der Nachfolge in die Rechtsstellung des ausscheidenden Gesellschafters die Aufnahme in die Gesellschaft durch Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern verbunden sein“²¹⁾. Es könne allerdings dem Veräußerer des Geschäftsanteils schon im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich oder stillschweigend mit dem Recht zum Abschluß des Abtretungsvertrages die Vollmacht zur Aufnahme des neuen Gesellschafters namens der übrigen Gesellschafter erteilt sein. Hueck geht bei seiner Ansicht davon aus, daß der „Anteil am Gesellschaftsvermögen“ mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter übertragen werden kann, § 719 Abs. 1 1. Alternative BGB insofern nicht zwingend ist²²⁾. Da die Übertragung aber nicht an einen Nichtgesellschafter erfolgen könne, müsse er durch Vertrag mit den übrigen Gesellschaftern in die OHG aufgenommen werden²³⁾. Danach ist auch nach seiner Ansicht der Anteil am Gesellschaftsvermögen notwendig mit der Mitgliedschaft in der Gesellschaft verbunden. Hueck ist denn auch der Ansicht, daß auf diesem Weg die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft unmittelbar übertragen werden kann²⁴⁾. Es erscheint aber zweifelhaft, ob mit Hilfe dieser Konstruktion eine echte Übertragung der Mitgliedschaft möglich ist. Siebert wendet ein, daß einer echten Übertragung der Mitgliedschaft entgegensteht, einen Aufnahmevertrag zwischen Erwerber und den übrigen Gesellschaftern zu fordern²⁵⁾.

Überdies ist es überaus zweifelhaft, in § 719 Abs. 1 1. Alternative BGB eine Vorschrift nur dispositiver Natur zu sehen und eine Übertragung mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zuzulassen, wenn zugleich gesagt wird, daß der „Anteil am Gesellschaftsvermögen“ nicht von der Gesellschaftereigenschaft gelöst werden kann.

Es erscheint mir deshalb konstruktiv folgerichtiger zu sein, daß die Mitgliedschaft unmittelbar übertragen wird und mit ihr zugleich der Anteil am Gesellschaftsvermögen. Dieser ist der Mitgliedschaft gegenüber ebensowenig selbständig wie die Herrschafts- und Verwaltungsrechte. Er ist seiner Natur nach unübertragbar und kann demnach als Ausfluß der Gesellschafterstellung nur mit ihr übertragen werden.

Diese Unübertragbarkeit erklärt sich im Gegensatz zu der Nichtübertragbarkeit der Anteile an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens nicht aus dem Wesen der Gesamthand²⁶⁾ —

²¹⁾ Hueck, JZ 1954, 505

²²⁾ RG LZ 1910, 75; 1921, 617, JW 1919, 933, h. M. Hueck, OHG 255

²³⁾ Hueck, OHG 256, JZ 1954, 505

²⁴⁾ Hueck, OHG 257

²⁵⁾ Siebert, GV u. ErbR Anm. 21 auf S. 28, StbJB 314

²⁶⁾ a. A. Dieckmann, Diss. 61

3. Abgewandelte Formen der TV

das zeigt die Übertragbarkeit des Miterbenanteils (§ 2033 BGB) —²⁷⁾, sondern aus dem Wesen der Mitgliedschaft in einer Personenhandels-gesellschaft. Dabei darf der gesamthänderische Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen nicht mit der vermögensrechtlichen Beteiligung eines Gesellschafters verwechselt werden, die nur besagt, was dem Gesellschafter wertmäßig zusteht²⁸⁾. Eine vermögensrechtliche Beteiligung kann überhaupt fehlen. Dagegen ist die gesamthänderische Mitberechtigung wesensmäßig mit der Mitgliedschaft verbunden, wenn die Gesellschaft überhaupt Vermögen hat²⁹⁾.

Soweit die Mitgliedschaft schuldrechtliche Beziehungen zu den übrigen Gesellschaftern enthält, gehen sie mit der Übertragung der Mitgliedschaft auch auf den Erwerber über, da sie auf die Mitgliedschaft bezogen sind. Wenn die Gesellschafter der Übertragung der Mitgliedschaft zugestimmt haben, ist ein besonderer Aufnahmevertrag mit dem Erwerber nicht erforderlich³⁰⁾. Hält man eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme im Einverständnis aller Beteiligten für zulässig³¹⁾, tritt der Erwerber durch sie in unmittelbare vertragliche Beziehungen zu den anderen Gesellschaftern³²⁾. In der Übertragung der Mitgliedschaft liegt bei Zustimmung der übrigen Gesellschafter zugleich ein Aufnahmevertrag. Dadurch wird aber nicht in Frage gestellt, daß der Nachfolger dieselbe Rechtsstellung wie sein Vorgänger erlangt.

Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft kann also unmittelbar übertragen werden, wenn die übrigen Gesellschafter zustimmen oder der Gesellschaftsvertrag eine Übertragung zuläßt. Die Identität der Gesellschafterstellung bleibt dabei erhalten. Somit kann bei einer treuhänderischen Verwaltung der TV die Gesell-

²⁷⁾ Hueck, JZ 1954, 505

²⁸⁾ Siebert, StbJB 302 f, 305

²⁹⁾ Siebert, StbJB 305

³⁰⁾ Dieckmann, Diss. 41 ff, a. A. die h. M., Hueck, OHG 256, Siebert, StbJB 314, unklar BGHZ 13, 179 (186)

³¹⁾ H. Lehmann, Die Abtretung von Verträgen, Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950, 382 ff, Dieckmann, Diss. 46 ff

Die Abtretung des Vertragsverhältnisses erfolgt als einheitlicher Rechtsvorgang in analoger Anwendung der §§ 398, 414, 415, 305 BGB

³²⁾ Vgl. dazu Dieckmann, Diss. 46 ff

Nach anderer Ansicht erfolgt der Eintritt in ein Schuldverhältnis durch einen Abtretungsvertrag in Verbindung mit einer Schuldübernahme (Zerlegungstheorie). Für die Gesellschaftsbeteiligung ist dieser Weg aber nicht gangbar, da die einzelnen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten nicht die Mitgliedschaft ausmachen. Allein die Mitgliedschaft ist rechtlich selbständig, wenn auch ein Rechtsverhältnis komplexer Natur

§ 11. Die Rechte des TV

schafterstellung übernehmen und nach Beendigung seines Amtes wieder auf den Erben zurückübertragen.

2. Wenn aber ein Mitgesellschafter als TV der Gesellschafter-Erben die Gesellschaftsbeteiligung treuhänderisch übernimmt, so vereinigt sich diese mit seiner eigenen Beteiligung zu einer Mitgliedschaft, da in einer Personengesellschaft jeder Gesellschafter nur eine Mitgliedschaft haben kann. Die Identität der vererbten Mitgliedschaft bleibt dann nicht gewahrt. In diesem Fall wird man dem Mitgesellschafter und Testamentsvollstrecker das Recht einräumen, bei Beendigung seines Amtes den Erben in die Gesellschaft aufzunehmen und die vermögenswerte Beteiligung seiner Mitgliedschaft dem Anteil des Erblassers entsprechend festzusetzen. Durch die Zulassung der TV im Gesellschaftsvertrag ist der Mitgesellschafter bevollmächtigt, den Aufnahmevertrag im Namen der Gesellschafter abzuschließen. Seine vermögensrechtliche Beteiligung verringert sich um den Wert der treuhänderischen Gesellschaftsbeteiligung. Wenn man sich dessen bewußt bleibt, daß in Wahrheit die Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben neu begründet wird, kann man von einer Teilabtretung des Gesellschaftsanteils sprechen³³⁾.

3. Hat der Erblasser seinen einzigen Mitgesellschafter zum TV ernannt und übernimmt dieser die Gesellschaftsbeteiligung als Treuhänder, so wird die Gesellschaft sogar aufgelöst, da eine Personengesellschaft aus mindestens zwei Personen bestehen muß³⁴⁾. Der Mitgesellschafter und Testamentsvollstrecker übernimmt in diesem Fall das Unternehmen der Gesellschaft als ganzes und führt es als Einzelkaufmann weiter. In Analogie zu § 142 HGB³⁵⁾ hat er dazu das Recht. Nach Beendigung seines Amtes muß er aber den Erben als Gesellschafter in sein Geschäft aufnehmen und ihn anteilmäßig beteiligen. Auch in diesem Fall bleibt die Identität der vererbten Gesellschafterstellung nicht erhalten.

Doch da es sich nur um ein rechtskonstruktives Problem handelt, bestehen keine Bedenken, daß der Testamentsvollstrecker auf diesem Weg den Anordnungen des Erblassers entspricht und die Verwaltung führt.

§ 11. Die Rechte eines Testamentsvollstreckers an einer Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft kraft seines Amtes?

Nicht immer wird der Erbe einer Gesellschaftsbeteiligung gewillt sein, dem TV freiwillig die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte zu überlassen, und nur selten wird die Erbeinsetzung unter dieser

³³⁾ Fischer, LM Nr. 1 zu § 2218 BGB

³⁴⁾ Hueck, OHG 301, Schlegelberger-Geßler, § 142 Anm. 1

³⁵⁾ Hueck, OHG 302, Schlegelberger-Geßler, § 142 Anm. 12

3. Abgewandelte Formen der TV

Voraussetzung bedingt sein. Wenn dann der TV auch nicht willens ist, die Mitgliedschaft als Treuhänder zu übernehmen, fragt es sich, welche Möglichkeiten dem TV noch verbleiben, auf die Gesellschafterstellung Einfluß zu nehmen und welche Rechte ihm noch zustehen. Dabei wird zunächst zu klären sein, ob der TV nicht den Erben verpflichten kann, die Mitgliedschaftsrechte so auszuüben, wie der TV es will, mit anderen Worten, ob die TV nur äußerlich nicht durchführbar ist, aber im Verhältnis zum Erben doch wirksam angeordnet ist. Sodann verbleibt noch das Problem, ob nicht wenigstens die nach § 717 Satz 2 BGB übertragbaren Rechte, insbesondere der Gewinnanspruch, der Verwaltung des TV zugeordnet werden.

I. Die Verpflichtung des Erben, die Mitbestimmung des Testamentsvollstreckers hinzunehmen

Vielfach wird die Ansicht¹⁾ vertreten, daß die TV an einer Gesellschaftsbeteiligung lediglich „im Außenverhältnis“ rechtlich nicht durchführbar sei, dagegen sei sie für das Innenverhältnis zwischen dem TV und dem Erben wirksam angeordnet. Der Erbe sei dem TV verpflichtet, bei der Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung den Weisungen des TV nachzukommen und jedenfalls keine Handlungen vorzunehmen, die den Weisungen des TV widersprechen²⁾. Diese Auffassung beruht auf der nicht überzeugenden Annahme, daß eine TV nur deshalb rechtlich nicht durchführbar ist, weil die sog. unübertragbaren Rechte nicht in den Bereich des Nachlasses fallen können und allein deshalb der Macht des TV entzogen sind³⁾. Sie führt zu dem Ergebnis, daß dem TV eine Macht gegenüber dem Erben zugestanden wird, die über den Bereich des Nachlasses hinausgeht und auch die persönliche Rechtsstellung des Erben ergreift. Gerade aber weil die Tätigkeit des TV zwingend auf den Nachlaß beschränkt ist und auch nicht durch eine Auflage erweitert werden kann, ist die gesetzliche TV an einer Mitgliedschaft rechtlich nicht durchführbar. Der Erblasser hat nicht die Möglichkeit, den Erben auch hinsichtlich dessen privaten Vermögens der Herrschaft des TV zu unterwerfen.

Der Grund liegt also wesentlich im Verhältnis zwischen dem TV und dem Erben, während die Schwierigkeiten aus dem Verhältnis zwischen dem TV und den übrigen Gesellschaftern durch deren Zustimmung ausgeräumt werden könnten.

Es geht deshalb auch nicht an, den Erben zu verpflichten, bei Ausübung seiner gesellschafterlichen Rechte den Weisungen des TV zu

¹⁾ Donner, DNotZ 1944, 143 (145), Holch, DNotZ 1958, 282 (292, 300), Diss. 92, 112

²⁾ Donner a.a.O. 145

³⁾ Vgl. oben § 1 II 2 a aa

folgen⁴⁾. Vom Gesellschaftsrecht her bestehen zwar keine Bedenken dagegen, daß ein Gesellschafter verpflichtet ist, den Weisungen eines Nichtgesellschafters zu folgen. Die übrigen Gesellschafter können das nur dadurch verhindern, daß sie die Mitwirkung ihres Gesellschafters nicht anerkennen, wenn er sich durch das Befolgen der Weisung einer Pflichtverletzung schuldig macht, oder die gesellschaftliche Bindung mit dem Strohmann aufgeben. Eine derartige Weisungsabhängigkeit widerspricht auch nicht dem Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft, wenn der TV seine Weisungen nicht mit unmittelbarer Wirkung durchsetzen kann und die Mitgliedschaft als Einheit in der Person des Gesellschafters verbleibt. Der Außenstehende darf nur nicht die Möglichkeit haben, gegenüber der Gesellschaft seine Weisungen durchzusetzen. Sollte der TV das können und gegen den Willen des Erben eine Weisung in der Gesellschaft durchzusetzen vermögen, so läge nämlich bei ihm die Herrschaft über die Rechtsausübung der Mitgliedschaft; das aber ist mit dem Wesen der Mitgliedschaft nicht vereinbar. Vor allen Dingen aber, weil die Macht des TV auf den Nachlaß beschränkt ist, der Erbe aber als Gesellschafter einer OHG unbeschränkt für die Gesellschaftsschulden haftet, ist er nicht verpflichtet, Weisungen des TV nachzukommen⁵⁾.

Ob man dem TV angesichts dieser Rechtslage noch ein Recht auf Information, Kontrolle oder Anhörung geben will⁶⁾, ist nicht von praktischer Bedeutung, wenn nur ein Erbe vorhanden ist. Ein derartiges Recht besteht dann aber nur gegen den Erben, nicht der Gesellschaft gegenüber, und es wäre nur sehr schwach, da Anhörung und Beratung des TV für den Erben keine rechtsverbindliche Wirkung hätten⁷⁾. Selbstverständlich ist es den Gesellschaftern unbenommen, ihr Verhältnis zum TV selbständig zu regeln, doch verwaltet er dann nicht die Gesellschafterstellung in einer OHG.

II. Die Stellung des Testamentsvollstreckers bei den sog. übertragbaren Rechten

Nach § 717 Satz 2 BGB sind „die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt“, ohne weiteres übertragbar. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, daß diese Rechte in den Machtbereich des TV fallen und deshalb von ihm

⁴⁾ So z. B. Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 64, Haegeler, DRpfl 1956, 182 (185)

⁵⁾ Im Ergebnis Siebert, HF 338

⁶⁾ Siebert, HF 339

⁷⁾ Siebert, HF 339

3. Abgewandelte Formen der TV

ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter ausgeübt werden können⁸⁾. Im Mittelpunkt des Interesses steht der Gewinnanspruch; auf diesen soll im folgenden die Untersuchung zunächst beschränkt bleiben.

1. Der Gewinnanspruch

Das Reichsgericht hatte in seiner Entscheidung vom 4. 3. 1943 gesagt, daß alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten ohne Unterschied, ob sie übertragbar oder nicht übertragbar sind, für die Dauer der gesellschaftlichen Bindung dem Machtbereich des TV grundsätzlich nicht unterfallen. Deshalb stehe dem Erben und nicht dem TV die Geltendmachung des seiner Natur nach übertragbaren Gewinnauszahlungsanspruchs ausschließlich zu⁹⁾.

Entscheidend war für das Reichsgericht, daß die gesellschaftlichen Berechtigungen seiner Auffassung nach nicht in den Bereich des Nachlasses fallen. Diese Prämisse des Reichsgerichts ist anfechtbar, wenn dadurch die Nachlaßzugehörigkeit der Gesellschaftsbeteiligung im allgemeinen geleugnet werden soll. Dagegen ist es richtig zu sagen, die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft gehört nicht zum Nachlaß, der der Verwaltung eines TV unterliegt; denn sie enthält Befugnisse, die notwendig über den Nachlaß hinausgreifen und wesensmäßig nicht von der Gesellschafterstellung abzuspalten sind.

Demgegenüber wird ausgeführt, daß der Gewinnanspruch gerade zu den übertragbaren Rechten gehört, die in den Bereich des Nachlasses fallen und deshalb auch der TV zugeordnet werden müssen¹⁰⁾. Die Verfügung über den Gewinnanspruch käme somit dem TV zu. Wollte man sich dem anschließen, so käme man zu dem höchst unbilligen Ergebnis, daß zwar der Erbe in der Gesellschaft tätig werden müßte und für deren Verbindlichkeiten auch mit seiner unbeschränkten persönlichen Haftung einzustehen hätte, aber am Erfolg der Gesellschaft nicht teilhaben könnte. Sofern die Aufgaben in der Gesellschaft ihn voll auslasten und ihm eine Lebenstätigkeit geben, wäre auch sein Lebensunterhalt gefährdet.

Michaelis weist darauf hin, daß dem Erben das Entnahmerecht nach § 122 HGB verbleibe und ihm damit ein vermögensrechtlicher

⁸⁾ Baumbach-Duden, § 139 Anm. 4 B, Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 139 Anm. 12, Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm. 162, v. Godin, 121, Michaelis, ZAKfDR 1943, 234, grstzl. auch Siebert, StJB 327, HF 339, Holch, DNotZ 1958, 282 (285 f), Diss. 73 ff, Hackl, Diss. 77 ff, Götz, Diss. 51 (Gewinnanspruch), 70 (Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben), Rehlinger, Diss. 84 ff, a. A. RGZ 170, 392 (395), Hueck, OHG 269, Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 14, Weipert, § 139 Anm. 13, Liebisch, ZHR 116, 128 (140), Haegele, TV 38

⁹⁾ RGZ 170, 392 (395), bestätigt RGZ 172, 199 (202 f)

¹⁰⁾ Michaelis, ZAKfDR 1943, 234, Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 139 Anm. 12, v. Godin, 121, Holch, DNotZ 1958, 282 (285 f), Diss. 73 ff

Anspruch zur Sicherung seines Lebensunterhaltes gegeben sei¹¹⁾). Er geht aber von einer falschen Voraussetzung aus, wenn er den Anspruch auf Entnahme der 4 % des Kapitalanteils in Gegensatz zum Gewinnanspruch stellt. Der Anspruch auf Entnahme kann sich mit dem Gewinnanspruch betragsmäßig decken oder sogar erheblich unter dem Gewinn bleiben. In diesem Fall ist der Anspruch nach § 717 Satz 2 BGB übertragbar¹²⁾). Damit wäre der Anspruch auf die 4 % dem Erben entzogen und unter die Verwaltung des TV gestellt, wenn ein entsprechender Gewinn erzielt ist. Der Erbe müßte also ein Interesse daran haben, daß die Gesellschaft möglichst mit Verlust arbeitet, damit ihm wenigstens ein Teil der Frucht bleibt. Das ist aber ein völlig unhaltbares Ergebnis.

Im übrigen erhebt sich auch die Frage, was geschieht, wenn der Gesellschafter-Erbe nicht mehr über einen Kapitalanteil verfügt oder wenn der verstorbene Gesellschafter gar überhaupt keine Kapitaleinlage gemacht hatte. In diesem Fall will Hackl¹³⁾ den Gewinnanteil dem Erben zusprechen, da er ausschließlich auf der persönlichen Mitarbeit des Erben in der Gesellschaft beruhe und in keiner Beziehung zum Nachlaß stände.

Eine derartige Differenzierung ist aber nicht möglich¹⁴⁾. Hackl erkennt bei einer derartigen Betrachtungsweise auch, daß die Gesellschaftsbeteiligung für den Erben auch dann einen Vermögenswert darstellen kann, wenn der verstorbene Gesellschafter keinen Kapitalanteil hatte. Sein Gewinnanspruch beruht dann ebenso auf der erbrechtlichen Zuwendung der Mitgliedschaft wie auf seiner persönlichen Mitarbeit. Soweit also die überwiegende Ansicht dem TV die Verwaltung des Gewinnanspruchs zuspricht, wäre dem Erben dieser Anspruch stets entzogen.

Dieses Ergebnis sucht man damit zu rechtfertigen, daß der TV möglicherweise diesen Anspruch zur Erfüllung seiner Aufgaben und Obliegenheiten brauche. Deshalb sei es auch billigenswert, ihm den Gewinnanspruch zuzusprechen¹⁵⁾. Soweit er ihn nicht mehr nötig habe, müsse er ihn dem Erben überlassen, § 2217 Abs. 1 Satz 1 BGB¹⁶⁾. Diese Bestimmung solle dabei möglichst zugunsten des Erben ausgelegt werden¹⁷⁾. Wenn aber nach dem Willen des Erblassers die einzige Aufgabe in der Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung besteht, bleibt doch ein Verwaltungsrecht lediglich am Gewinn sinnlos.

¹¹⁾ Michaelis, ZAKfDR 1943, 234, zustimmend Hackl, Diss. 83, Götz, Diss. 51, 53 f

¹²⁾ Hueck, OHG 153 f, Schlegelberger-Geßler, § 122 Anm. 6

¹³⁾ Hackl, Diss. 83

¹⁴⁾ RG DR 1943, 1225 (1226)

¹⁵⁾ Michaelis, ZAKfDR 1943, 234, Hackl, Diss. 81, Götz, Diss. 50

¹⁶⁾ Hackl, Diss. 80, Holch, DNotZ 1958, 282 (286), Diss. 76, Götz, Diss. 51

¹⁷⁾ Holch, DNotZ 1958, 282 (286), Diss. 76

3. Abgewandelte Formen der TV

Für den Erben aber ist eine unerträgliche Lage geschaffen, die vom Erblasser gar nicht gewollt ist, wenn er generell oder für seine Gesellschaftsbeteiligung eine TV anordnet.

Hueck spricht deshalb den Gewinnanspruch grundsätzlich dem Erben zu¹⁸⁾, da der Gewinn nicht lediglich das Ergebnis des im Gesellschaftsunternehmen arbeitenden Kapitals, sondern auch eine Folge der von den Gesellschaftern entfalteten persönlichen Tätigkeit und des von ihnen zur Verfügung gestellten Kredits ist. Diese ständen aber in keiner Beziehung zum Nachlaß. Nur diese Ansicht entspricht der Interessenlage und darf als zutreffend angesehen werden, wenn man die TV an einer Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft für rechtlich nicht durchführbar hält.

Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft ist nicht die Summe der einzelnen mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten, sondern rechtlich als eine selbständige Einheit anzusehen, aus der sich für den Gesellschafter erst die einzelnen Rechte und Pflichten ergeben. Zu ihnen gehören auch die sog. übertragbaren Ansprüche. Auch sie entspringen aus der Mitgliedschaft. Da sie aber nicht mehr dazu bestimmt sind, dem Gesellschaftszweck zu dienen, sind sie nicht mehr wesensmäßig an die Mitgliedschaft gebunden und können gesondert übertragen werden¹⁹⁾.

Es wäre aber eine völlig willkürliche und ungerechtfertigte Spaltung der Gesellschafterstellung, wollte man allein aus diesem Grunde diese Rechte der Verwaltung durch den TV unterstellen, während der TV von der Mitgliedschaft im übrigen ausgeschlossen wäre.

Wenn die h. L. ihr Ergebnis auf § 717 Satz 2 BGB stützt, so paßt diese Überlegung nicht, wenn der Erblasser allgemein TV angeordnet hat oder nur die Gesellschaftsbeteiligung in der OHG unter die Verwaltung eines TV stellen wollte.

Die Mitgliedschaft als ganzes ist dem Machtbereich des TV entzogen, da sie wesensmäßig die persönliche Rechtsstellung des Erben ergreift. Da erst aus der Gesellschafterstellung sich ein Anspruch darauf ergibt, am Gewinn der Gesellschaft teilzuhaben, unterliegt auch dieser nicht der Verwaltung durch den TV. Dabei spielt es zunächst keine Rolle, daß dieser Anspruch übertragbar ist. Gerade aber darauf allein stützt das überwiegende Schrifttum seine Ansicht. Es untersucht die Befugnisse des TV getrennt für die übertragbaren und die nicht übertragbaren Rechte des Gesellschafters und ordnet die übertragbaren Rechte dem Machtbereich des TV zu, während die anderen Rechte dem Erben verbleiben. Es ist der h. L. durchaus zuzugestehen, daß durch eine derartige Aufteilung die Interessen

¹⁸⁾ Hueck, OHG 269 im Anschluß an RG DR 1943, 1225 (1226), Weipert, § 139 Anm. 13

¹⁹⁾ Vgl. Hueck, OHG 168 f

der übrigen Gesellschafter nicht berührt werden und eine derartige Abspaltung auch nicht dem Wesen der Mitgliedschaft widerspricht, da diese Rechte nach § 717 Satz 2 BGB übertragen werden können. Dennoch kann es für die Klärung dieses Problems nicht darauf ankommen, ob über diese Mitgliedschaftsrechte frei verfügt werden kann, sondern allein darauf, „ob der Erblasser durch eine rechtsgeschäftliche Verfügung wirklich davon Gebrauch gemacht hat“²⁰⁾. Nimmt der Erblasser eine derartige Differenzierung nicht vor, so muß die Mitgliedschaft auch hinsichtlich des mit ihr verbundenen Gewinnanspruchs als Einheit angesehen werden. Wenn daher die Mitgliedschaft einer Personengesellschaft als ganzes nicht in den Nachlaß fällt, der einer TV unterliegt, so gehört auch nicht der ihr zugehörige Gewinnanspruch zum Nachlaß im Sinne der Vorschriften über die TV. Es ist im übrigen auch unmöglich, eine Trennung dahingehend vorzunehmen, ob die Zuwendung der Mitgliedschaft durch das Erbrecht oder die Stellung als Gesellschafter in der OHG für den Gewinnanspruch entscheidend sind, da der Erbe mit dem Erbfall die Stellung als Gesellschafter erlangt.

2. Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben

Auch der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben steht ausschließlich dem Erben zu, wenn die Gesellschaft nicht durch den Erbfall, sondern später aufgelöst wurde, als der Erbe schon Gesellschafter war oder der Gesellschafter ausschied.

Das Reichsgericht hatte diese Frage dahingestellt gelassen²¹⁾. Das überwiegende Schrifttum²²⁾ neigt dazu, auch diesen Anspruch unter die Verwaltung des TV zu stellen, wenn die Gesellschaft mit dem Erben noch während seiner Amtszeit aufgelöst wird. Die einzige Begründung für dieses Ergebnis ist, daß auch dieser Anspruch übertragbar ist (§ 717 Satz 2 BGB). Dabei wird nicht berücksichtigt, daß dieser Anspruch, der in der Person des Gesellschafter-Erben entsteht, überhaupt nicht zum Nachlaß des Erblassers gehört.

Hueck²³⁾ weist insbesondere darauf hin, daß das Auseinandersetzungsguthaben zum mindestens zu einem Teil das Ergebnis der Tätigkeit der OHG während der Zugehörigkeit des Erben zu ihr sei, und eine Aussonderung des Teiles, der auf die Zeit der Zugehörigkeit des Erblassers zur OHG zurückzuführen wäre, praktisch nicht möglich sei.

²⁰⁾ Liebisch, ZHR 116, 128 (140)

²¹⁾ RGZ 170, 392 (395)

²²⁾ Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 139 Anm. 12, Hackl, Diss. 89, Götz, Diss. 70, Rehlinger, Diss. 86, vgl. weiter Anm. 8

²³⁾ Hueck, OHG 269, Weipert, § 139 Anm. 13

3. Abgewandelte Formen der TV

Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben ist der schuldrechtliche Leistungsanspruch, in den sich die vermögensmäßige Beteiligung in der Gesellschaft verwandelt²⁴⁾. Wenn aber die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft nicht in die Zuständigkeit des TV fällt, kann dies auch nicht für den vermögensmäßigen Wert der Beteiligung angenommen werden, da das Wertrecht nicht von der Gesellschafterstellung getrennt werden kann, solange diese nicht aufgelöst ist. Aus § 717 Satz 2 BGB kann auch nicht das Gegenteil gefolgert werden, da der Erblasser eine rechtsgeschäftliche Differenzierung dahingehend nicht getroffen hat.

Wenn der Erblasser allgemein oder nur für seine Mitgliedschaft in der Personengesellschaft eine TV angeordnet hat, so sind dem TV auch der Gewinnanspruch und der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben entzogen. Dasselbe gilt auch für die Ansprüche, die dem Gesellschafter-Erben aus seiner Geschäftsführung gegen die Gesellschaft zustehen²⁵⁾. Daß diese Ansprüche übertragbar sind, spielt dabei keine Rolle. Dieser Umstand ist aber dann von größter Bedeutung, wenn der Erblasser allein den Gewinnanspruch oder den Anspruch aus dem Auseinandersetzungsguthaben dem TV zugesprochen hat.

§ 12. Die Übertragung einzelner Rechte auf den Testamentsvollstrecker

I. Die übertragbaren Rechte nach § 717 Satz 2 BGB

Wenn der Erblasser in seinem Testament ausdrücklich bestimmt hat oder sich aus seinen Erklärungen schlüssig ergibt, daß der Gewinnanspruch oder der Auseinandersetzungsanspruch dem TV zustehen soll, so handelt es sich in Wirklichkeit nicht um die Anordnung einer TV, sondern eine derartige Zuweisung ist eher als Vermächtnis für den TV oder Auflage an den Erben anzusehen, diese Ansprüche treuhänderisch auf den TV zu übertragen. Eine derartige Zuweisung ist rechtlich zulässig, da diese Ansprüche ohne weiteres auf einen Nichtgesellschafter übertragen werden können, § 717 Satz 2 BGB¹⁾. In diesem Fall hat der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung davon Gebrauch gemacht, diese Rechte von der Mitgliedschaft zu trennen. Das unterscheidet diesen Fall wesentlich von einer bloßen Anordnung einer TV, bei der eine Aufspaltung der Mitgliedschaft nicht angenommen werden kann.

²⁴⁾ Siebert, GV u. ErbR 7 ff, StbJB 302 f, vgl. ähnlich Hueck, OHG 269

²⁵⁾ Götz, Diss. 57, a. A. 56, soweit die Aufwendungen vor dem Erbfall von dem Erblasser gemacht worden sind

¹⁾ Hueck, OHG 269 Anm. 42, Weipert, § 139 Anm. 13

II. Die nicht übertragbaren Rechte nach § 717 Satz 1 BGB

Oftmals wird der Erblasser auch gar kein Interesse haben, die Gesellschaftsbeteiligung ganz dem Erben zu entziehen. Es wird ihm vielmehr genügen, daß der TV lediglich das Stimmrecht für den Erben ausüben soll. Eine derartige testamentarische Anordnung ist aber rechtlich nicht durchführbar, auch wenn die übrigen Gesellschafter ihr zustimmen²⁾. Die Übertragung des Stimmrechts auf einen Nichtgesellschafter ist mit dem Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft nicht vereinbar. Zulässig ist allein, daß der Gesellschafter-Erbe sich bei der Ausübung seines Stimmrechts durch den TV vertreten läßt. Sofern der Erbe den TV freiwillig bevollmächtigt, bestehen auch keine Bedenken. Dagegen hat der Erblasser es nicht in der Hand, den Erben zur Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht unter gleichzeitigem Stimmrechtsverzicht gegenüber dem TV zu verpflichten. Eine derartige Auflage begegnet erbrechtlichen Bedenken und widerspricht auch dem Wesen der Mitgliedschaft, da sie wie die Übertragung eines Mitgliedschaftsrechts zu einer unzulässigen Aufspaltung der Mitgliedschaft führt³⁾.

Viertes Kapitel

§ 13. Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über die Gesellschafterstellung im ganzen

Die Testamentsvollstreckung an einer Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft kann rechtlich in der gesetzlichen Form nicht durchgeführt werden. Dieses Ergebnis wurde damit begründet, daß der TV kraft seines Amtes nicht die Rechte und Pflichten des Gesellschafters ausüben kann. Offen bleibt scheinbar noch das Problem, ob er nicht wenigstens die Befugnis hat, über die Gesellschafterstellung im ganzen zu verfügen. Daraus, daß es ihm verwehrt ist, mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten an Stelle des Erben auszuüben, ist der Schluß nicht ohne weiteres selbstverständlich, daß er auch von Verfügungen über die gesamte Mitgliedschaft ausgeschlossen ist.

Unter einer Verfügung im privatrechtlichen Sinn versteht man ein Rechtsgeschäft, das auf den Bestand eines Rechtes unmittelbar einwirkt, sei es, daß das Recht übertragen, inhaltlich geändert, aufgehoben oder belastet werden soll. Diese Begriffsbestimmung kann

²⁾ Diesen Fall hat der BGH in BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB ausdrücklich entschieden. Vgl. BGHZ 3, 354, Baumbach-Duden, § 139 Anm. 4 C, Haegele, DRpfl 1956, 182 (184), a. A. Holch, DNotZ 1958, 282 (288 f), Diss. 83 ff

³⁾ BGHZ 3, 354 (359)

4. Verfügungsbefugnis des TV über die Gesellschafterstellung

auch bei einer Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft unmittelbar herangezogen werden, wenn man sich dessen bewußt bleibt, daß es sich hier um ein Rechtsverhältnis handelt. Wenn also nach der Verfügungsbefugnis des TV über die Gesellschafterstellung gefragt wird, so handelt es sich darum, ob der TV an Stelle des Erben für diesen das Ausscheiden aus der Gesellschaft erklären kann oder die Mitgliedschaft bei entsprechender Klausel auf einen anderen übertragen kann, ob er die Möglichkeit hat, den Gesellschaftsvertrag zu ändern oder die Gesellschaft aufzulösen. Weitaus am bedeutendsten ist in diesem Fragenkreis, ob der TV in Ausübung der Rechte nach § 139 HGB für den Erben die Stellung als Kommanditist zu wählen berechtigt ist oder ob wenigstens der Erblasser den Erben verpflichten kann, sich die Ausübung dieser Rechte durch den TV gefallen zu lassen. Dabei läßt sich die Einräumung des Wahlrechtes nach § 139 HGB nicht von der damit zugleich verbundenen Verfügung über den Gesellschaftsanteil trennen.

Die Verfügungsgewalt des Gesellschafters über seine Mitgliedschaft wird weitgehend durch das besondere Vertrauensverhältnis der Gesellschafter zueinander und die Eigenart der Personengesellschaft beschränkt. Die grundsätzliche gesetzliche Regelung sieht an sich nur die Kündigung der Gesellschaft durch den Gesellschafter vor, §§ 131 Ziff. 6, 132 HGB; andere Verfügungen über die Gesellschafterstellung können nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter erfolgen, da sie zugleich auch eine Änderung des Gesellschaftsverhältnisses enthalten. Wenn der Gesellschaftsvertrag vorsieht, daß beim Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt wird, so räumt § 139 HGB dem Erben das Recht ein, sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß ihm für seine Beteiligung die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Die übrigen Gesellschafter brauchen seinem Verlangen nicht zu entsprechen, doch müssen sie es sich dann gefallen lassen, daß der Erbe ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erklärt, § 139 Abs. 2 HGB. Dieses sog. Wahlrecht steht dem Erben innerhalb einer Frist von drei Monaten zu und kann nicht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden, § 139 Abs. 3 u. 5 HGB. Scheidet er innerhalb dieser Frist aus der Gesellschaft aus oder wird ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt, so haftet er für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach den Vorschriften über die Erbenhaftung, § 139 Abs. 4 HGB.

Überwiegend wird die Ansicht vertreten, daß ausschließlich dem Erben das Recht zusteht, nach § 139 HGB die Stellung eines Kom-

§ 13. Die Verfügungsbefugnis des TV

manditisten zu verlangen¹⁾). Dieses Recht fällt nicht in den Machtbereich des TV. Deshalb kann er es weder für den Erben ausüben, noch ist der Erbe an Weisungen des TV gebunden. Selbst Autoren²⁾, die eine Auflage des Erblassers für zulässig halten, durch die der Erbe verpflichtet wird, die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte dem TV zu überlassen, lehnen eine derartige Möglichkeit für das Wahlrecht aus § 139 HGB ab.

§ 139 HGB bezieht sich seinem Wortlaut nach nur auf den Erben einer Mitgliedschaft. Schon deshalb ist die Annahme gerechtfertigt, daß der TV das Wahlrecht nicht ausüben kann³⁾). Doch ist zu bedenken, daß es bei Anordnung einer TV gerade darum geht, daß der TV Rechte des Erben ausübt, die zum Nachlaß gehören, und auch über sie verfügen kann. Die Wahl der Kommanditistenstellung ist aber eine Verfügung über die Gesellschafterstellung im ganzen, und da die Mitgliedschaft bei einer Nachfolgeklausel an sich in den Nachlaß des Erblassers fällt⁴⁾, könnte man an eine Verfügungsgewalt des TV über die Gesellschafterstellung im ganzen denken. Die Besonderheit des § 139 HGB liegt lediglich darin, daß an die Nichtannahme des Antrages durch die übrigen Gesellschafter besondere Sanktionen geknüpft sind und daß die Haftung des Gesellschafter-Erben sich im Falle des Abs. 3 des § 139 HGB nach den Vorschriften über die Erbenhaftung bestimmt.

Dieses Recht nach § 139 HGB kommt aber erst mit dem Erbfall für den Erben zur Entstehung. Es hat dem Erblasser in dieser Form nicht zugestanden und war mit seiner Gesellschafterstellung nicht verbunden. Deshalb gehört es nicht zum Nachlaß, sondern entsteht für den Erben, der in die Gesellschafterstellung von Todes wegen einrückt⁵⁾). Da die unmittelbare Nachfolge in die Stellung eines OHG-Gesellschafters mit der unbeschränkten Gesellschafterhaftung ver-

¹⁾ RGZ 170, 392 (395), KG DNotZ 1955, 418 (422), Hueck, OHG 268, Kipp-Coing, § 68 III 2 c, Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 139 Anm. 12, Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 14, Weipert, § 139 Anm. 13, Baumbach-Duden, § 139 Anm. 4 E, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 65, v. Godin, 119 f, Donner, DNotZ 1944, 144, Weiler, DNotZ 1952, 283 (288), Schilling, Festschrift f. W. Schmidt, 216 Anm. 34, Siebert, HF 337 Anm. 38, Waldmann, DFG 1944, 37 (39), Hackl, Diss. 65 ff, Holch, Diss. 70 ff, Rehlinger, Diss. 24 f (mit der falschen Annahme, daß das Wahlrecht auf dem Gesellschaftsvertrag beruhe und § 139 HGB eine Auslegungsregel gebe, 21, 24), a. A. Bondi, ZBH 1926, 308 (320), Möhring, 167, 169 f

Durch eine Auflage übertragbar: Dietrich, DR 1943, 808, Holch, Diss. 71 Bei treuhänderischer Übernahme: Sommer, DNotZ 1936, 937 (942)

²⁾ Kipp-Coing, § 68 III 2 c, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 65, Donner, DNotZ 1944, 144, Weiler, DNotZ 1952, 283 (288), Holch, Diss. 70 ff

³⁾ Hackl, Diss. 68

⁴⁾ Vgl. oben § 1 III

⁵⁾ v. Godin, 119, Weiler, DNotZ 1952, 283 (288), Holch, Diss. 70

4. Verfügungsbefugnis des TV über die Gesellschafterstellung

bunden ist und auch wegen der mitgliedschaftlichen Pflicht zur Geschäftsführung und auch wegen des gesetzlichen Wettbewerbsverbots nach § 112 HGB dem Erben nachteilig sein kann, räumt der Gesetzgeber dem Erben persönlich das Recht ein, diesem Risiko dadurch zu begegnen, daß er die Stellung als Kommanditist wählen kann oder wenigstens aus der Gesellschaft ausscheiden kann, wenn die übrigen Gesellschafter ihm diese Stellung nicht einräumen wollen.

Allein die Begründung, daß das Wahlrecht des § 139 HGB erst in der Person des Erben entstanden ist, reicht aber nicht aus, um den TV wirksam von der Ausübung dieser Rechte auszuschließen. Der Erblasser könnte dieser Schwierigkeit durch eine entsprechende Auflage abhelfen, daß der Erbe sich die Ausübung des Wahlrechts durch den TV gefallen lassen muß. Zählt man die Mitgliedschaft zum Nachlaß des Erblassers, so wäre auch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß der TV mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter über die Mitgliedschaft verfügt und dadurch das Wahlrecht des § 139 HGB beeinträchtigt.

Entscheidend ist vielmehr, daß der TV kraft seines Amtes auch nicht über die Gesellschafterstellung im ganzen verfügen kann. Die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte ist ihm verwehrt, da er damit Befugnisse wahrnehmen würde, die über den Nachlaß hinausgreifen, und dadurch die Rechtsausübung in unzulässiger Weise von der Mitgliedschaft abspalten würde. Es geht deshalb nicht an, dem TV eine Gewalt über die Gesellschafterstellung im ganzen zu geben. Da der Erbe mit dem Erbfall unmittelbar in die Gesellschaft eintritt und damit Träger der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten wird, braucht er es sich nicht gefallen zu lassen, daß ein anderer Maßnahmen trifft, die unmittelbar die Substanz seiner Mitgliedschaft berühren. Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft kann nicht als bloßer Nachlaßgegenstand angesehen werden, da der Gesellschafter-Erbe mit Fortsetzung der Gesellschaft Verpflichtungen übernimmt, die sich nicht auf den Nachlaß beschränken und ihn in seiner persönlichen Rechtsstellung ergreifen. Bei der OHG-Beteiligung ist die unbeschränkte persönliche Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten mit der Gesellschafterstellung verbunden. Dem TV ist es aber verwehrt, den Erben mit der persönlichen Haftung zu belasten.

Aber nicht nur von Verfügungen, die eine persönliche Haftung für den Erben mit sich bringen, ist der TV ausgeschlossen, sondern von jeder Verfügung über die Mitgliedschaft.

Allein der Erbe ist berechtigt, über seine Zugehörigkeit zur Gesellschaft und über die Art seiner Beteiligung zu bestimmen. Nur er kann entscheiden, ob er persönlich haftender Gesellschafter blei-

§ 13. Die Verfügungsbefugnis des TV

ben will oder nicht⁶⁾). Gesellschaftsrechtliche Bedenken beständen zwar nicht dagegen, daß ein Nichtgesellschafter im Verhältnis zum Gesellschafter die maßgebliche Entscheidung trifft, wie die treuhänderische Gesellschaftsbeteiligung im Interesse eines Außenstehenden beweist. Es ist aber dem TV kraft seines Amtes nicht möglich, Entscheidungen darüber zu treffen, ob und in welchem Umfang der Erbe persönliche Verpflichtungen übernimmt, insbesondere, ob er persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist werden oder überhaupt aus der Gesellschaft ausscheiden soll; denn er ist nicht der gesetzliche Vertreter des Erben in unbeschränktem Maße, sondern in seiner Macht zwingend auf den Nachlaß beschränkt.

Deshalb kann der Erblasser auch nicht durch eine Auflage anordnen, daß der Erbe sich bei Verfügungen über seine Beteiligung der Macht des TV unterwerfe oder seine Zustimmung einhole. Der Erblasser kann den Erben nicht verpflichten, sich bei Entscheidungen über seine persönlichen Verpflichtungen und der Übernahme einer persönlichen Haftung der Macht eines anderen zu unterwerfen. Er hat daher auch nicht die Möglichkeit, seinem Erben zur Auflage zu machen, die Wahl nach § 139 HGB dem TV zu überlassen⁷⁾).

Anders verhält sich die Rechtslage, wenn der TV als Treuhänder die Mitgliedschaft in der Gesellschaft übernimmt. Dadurch wird er selbst Gesellschafter und kann auch über seine Gesellschafterstellung befinden. Weisungen des Erben braucht er nicht hinzunehmen; denn das dem Treuhandverhältnis zugrunde liegende auftragsähnliche Verhältnis zwischen dem TV und dem Erben ist in das TV-Verhältnis eingebettet, und danach kommt es allein auf den Willen des Erblassers an. Der treuhänderische TV kann über die Gesellschafterstellung verfügen, wenn sich aus dem Testament des Erblassers nicht das Gegenteil ergibt.

Das Wahlrecht nach § 139 HGB aber steht ihm auch dann nicht zu. Das folgt daraus, daß nur der Erbe, der mit dem Erbfall unmittelbar in die Gesellschaft eintritt oder doch verpflichtet ist, ihr beizutreten⁸⁾, das Wahlrecht hat⁹⁾. Der Treuhänder erwirbt die Mitgliedschaft durch Übertragung von dem Erben. Ob aber der Erbe sein Recht aus § 139 HGB ausüben kann, wenn der TV als Treu-

⁶⁾ Vgl. ähnlich bei § 139 HGB: Hueck, OHG 268, Hackl, Diss. 68, v. Godin, 119. Für das Kündigungsrecht, Götz, Diss. 61 f

⁷⁾ A. A. Holch, Diss. 71, Dietrich, DR 1943, 808

⁸⁾ Letzteres ist bestritten. Nach überwiegender Ansicht kann der Gesellschaftsvertrag die Pflicht für die Erben vorzusehen, der Gesellschaft beizutreten, Hueck, OHG 263, Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 5, a. A. Siebert, GV u. ErbR 12 f. Dann gilt § 139 HGB analog, RG JW 12, 475 und das obige zust. Schrifttum. Sofern die Pflicht des Erben im Testament begründet wird, findet § 139 HGB keine Anwendung, Hueck, OHG 263

⁹⁾ A. A. Sommer, DNotZ 1936, 937 (942)

händer die Gesellschaftsbeteiligung übernimmt und mit einer Umwandlung nicht einverstanden ist, erscheint zweifelhaft. Da der treuhänderische Gesellschafter über seine Beteiligung verfügen kann, ist ein Wahlrecht des Erben an sich nicht mehr gegeben. Problematisch ist nur, ob dann der Erbe bei Rückübertragung der gesellschaftlichen Beteiligung vom TV-Treuhänder auf ihn das Recht aus § 139 HGB haben soll. Man wird diese Frage verneinen müssen; die übrigen Gesellschafter brauchen sich nicht noch jetzt, also vielleicht viele Jahre nach dem Erbfall, auf die Umwandlung in eine Kommanditistenstellung einzulassen. Das Wahlrecht steht dem Erben nur innerhalb der zeitlichen Grenzen des § 139 Abs. 3 und 5 HGB zu. Der Erbe würde nun zwar doch gegen seinen Willen mit der unbeschränkten persönlichen Haftung belastet werden, weil der TV nach dem Erbfall seine Zustimmung zur Umwandlung in die Kommanditistenstellung nicht gegeben hat. Aber dieses Ergebnis widerspricht nicht den hier entwickelten Grundsätzen. Der Erbe wird nicht mit der unbeschränkten Haftung und sonstigen persönlichen Pflichten belastet, obwohl die Herrschaft bei einem anderen liegt und er keine Möglichkeit hat, auf die Entscheidungen der Gesellschaft Einfluß zu nehmen. Auch wird der Erbe dadurch nicht der Macht des TV bei Entscheidungen über seine persönlichen Verpflichtungen unterworfen; denn nicht der Erbe, sondern der TV als Treuhänder führt die Gesellschaft weiter. Bei Rückübertragung steht der Erbe aber nicht anders, wie jeder der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden in eine OHG eintritt.

Kraft seines Amtes aber kann der TV nicht über die Gesellschafterstellung im ganzen verfügen. Die Rechte aus § 139 HGB stehen stets dem Erben ausschließlich zu.

Fünftes Kapitel

§ 14. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Auflösung der Gesellschaft durch den Tod des Gesellschafters und bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft

I. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Auflösung der Gesellschaft

Durch den Tod eines Gesellschafters wird die OHG grundsätzlich aufgelöst, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt, § 131 Ziff. 4 HGB. Durch die Auflösung wird die Gesellschaft aber nicht beendet. Da die Gesellschaft nicht nur Schuldverhältnis, sondern darüber hinaus ein Gemeinschaftsverhältnis ist, müssen die

einzelnen Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zur Außenwelt und auch die Gemeinschaft der Gesellschafter untereinander abgewickelt werden. Erst wenn dies geschehen ist, kann von einer Beendigung der Gesellschaft gesprochen werden. In der Zwischenzeit befindet sich die Gesellschaft in Liquidation, ohne daß die Gesellschaft in ihrer Rechtsidentität berührt wird, § 145 HGB. Lediglich der Zweck ändert sich. Die Gesellschaft gibt ihre werbende Tätigkeit auf und wird eine Abwicklungsgesellschaft. Eine weitere Besonderheit besteht darin, daß die Herrschaft in der Gesellschaft auf die Liquidatoren übergeht, sie die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht haben, § 149 HGB. Praktisch hat das keine besonders einschneidende Bedeutung, da sämtliche Gesellschafter Liquidatoren sind, § 146 Abs. 1 HGB.

1. Die Rechtsstellung der Erben in der Abwicklungsgesellschaft

Bestritten ist die Rechtsstellung der Erben in der Liquidationsgesellschaft. Sie als Gesellschafter der aufgelösten Gesellschaft anzusehen¹⁾, geht nicht an. Weil die Personengesellschaft gerade auf den Persönlichkeiten der einzelnen Gesellschafter aufbaut, steht den Gesellschaftern grundsätzlich die Mitgliedschaft nur höchstpersönlich zu. Da ein Gesellschafter deshalb mit seinem Tod aus der Gesellschaft ausscheidet, die OHG als Personengesellschaft aber vom Bestand ihrer Mitglieder abhängig ist, wird diese grundsätzlich aufgelöst. Wollte man dennoch annehmen, daß an Stelle des verstorbenen Gesellschafters seine Erben mit dem Erbfall Gesellschafter in der nunmehr aufgelösten Gesellschaft werden, so würden mehrere Erben die Mitgliedschaft nicht in ihrer Verbindung als Miterbengemeinschaft ausüben können²⁾, denn nach h. M.³⁾ kann eine Miterbengemeinschaft nicht Gesellschafter einer OHG sein. Folgerichtig müßte man auch zu einer unbeschränkten Haftung der Erben für sämtliche Gesellschaftsverbindlichkeiten kommen, und zwar unbestritten für die erst während der Abwicklung entstandenen Gesellschaftsschulden, die keine Nachlaßverbindlichkeiten sind⁴⁾. Denn die Auflösung der Gesellschaft verändert nur deren wirtschaftliche

¹⁾ KG DR 1942, 973, Schlegelberger-Geßler, § 131 Anm. 23, § 146 Anm. 3, Ritter, § 131 Anm. 6, § 146 Anm. 2, Baumbach-Duden, § 131 Anm. 5, Siebert, GV u. ErbR 9 (keine echte Fortsetzung), Liebisch, ZHR 116, 128 (177 f), a. A. Eintritt in die rein vermögensrechtlichen Beziehungen: RGZ 106, 63 (65 obiter dictum), Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 131 Anm. 7, § 146 Anm. 11, Weiler, DNotZ 1952, 283 (286)

²⁾ So in der Tat Liebisch a.a.O. 179 und Ritter, § 131 Anm. 6

³⁾ Siebert, GV u. ErbR 21, Hueck, OHG 17, 265 f, Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 25

⁴⁾ So in der Tat Liebisch a.a.O. 180, a. A. h. M., Hueck, OHG 221

5. Rechtsstellung des TV bei Auflösung der Gesellschaft

Zweckbestimmung, aber nicht das Wesen der Mitgliedschaft⁵⁾. Für unser Problem hätte eine derartige Auffassung zur Folge, daß der TV von jeder Tätigkeit in der Liquidationsgesellschaft ausgeschlossen wäre, da die persönliche Haftung der Erben und das Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft mit der Rechtsstellung eines TV nicht zu vereinbaren wären. Da überwiegend diese Konsequenz zu Recht nicht gezogen wird, die Rechte der Erben gegenüber der Abwicklungsgesellschaft der Erbengemeinschaft zugesprochen werden, wenn mehrere Erben vorhanden sind⁶⁾, und die Erben stets, auch für Gesellschaftsverbindlichkeiten, die während der Liquidation eingegangen werden, ihre Haftung auf den Nachlaß beschränken können⁷⁾, kann nicht von einer echten Fortsetzung der Mitgliedschaft gesprochen werden. Grundsätzlich erlischt die Mitgliedschaft mit dem Tod des Gesellschafters.

Die vermögensmäßige Beteiligung aber⁸⁾, die nicht mit der Mitgliedschaft verwechselt werden darf und keineswegs mit den übertragbaren Ansprüchen identisch ist⁹⁾, sondern eher als ein latentes Wertrecht anzusehen ist, geht auf die Erben über. Da ihnen der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben zusteht und sie deshalb rechtlich an der Auseinandersetzung interessiert sind, sind sie als Beteiligte anzusehen. Der Kreis der Beteiligten geht über die Gesellschafter hinaus, zu ihnen gehören auch der Privatgläubiger, der die Gesellschaft nach § 135 HGB kündigte, und der Konkursverwalter, wenn über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet ist. Diese Stellung wird auch dadurch bestätigt, daß nach § 146 Abs. 1 Satz 2 HGB mehrere Erben eines Gesellschafters einen gemeinsamen Vertreter bestellen müssen, der für sie Liquidator wird. Doch haben sie den übrigen gesellschaftsfremden Beteiligten gegenüber insofern eine Sonderstellung, als sie die Erben eines Gesellschafters sind und diesen vermögensrechtlich repräsentieren¹⁰⁾. Für seine Verbindlichkeiten müssen sie einstehen. Es wäre darüber hinaus aber auch unbillig, wollte man die übrigen Gesellschafter das Risiko der Auseinandersetzung allein tragen lassen, obwohl der verstorbene Gesellschafter bei seinen Lebzeiten ebenfalls damit belastet wäre. Die Erben eines Gesellschafters haften

⁵⁾ Liebisch a.a.O. 179

⁶⁾ Fischer, JZ 1954, 426 (427), Hueck, OHG 221, Schlegelberger-Geßler, § 131 Anm. 23

⁷⁾ Hueck, OHG 221, Schlegelberger-Geßler, § 131 Anm. 23, Siebert, GV u. ErbR 9

⁸⁾ Diesen Begriff entnehme ich Siebert, GV u. ErbR 6, StbJB 302

⁹⁾ Anscheinend unterliegen dieser Verwechslung, wenn sie von einem Eintritt in die vermögensrechtlichen Beziehungen sprechen: RGZ 106, 63 (65), Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 131 Anm. 7, § 146 Anm. 4, Weipert, § 131 Anm. 26, § 146 Anm. 11

¹⁰⁾ So muß wohl auch Siebert, GV u. ErbR 9, verstanden werden

daher auch für die Verbindlichkeiten, die die Gesellschaft während der Liquidation eingeht. Doch da sie nur als Erben die Mitgliedschaft des TV insoweit repräsentieren, können sie ihre Haftung auf den Nachlaß beschränken.

Deshalb haben sie in der Abwicklungsgesellschaft neben den vermögensrechtlichen Ansprüchen auch Herrschaftsrechte und Verwaltungsrechte. Bei Erbenmehrheit stehen sie aber nicht jedem Miterben für sich zu, sondern nur allen in der Verbindung als Erbengemeinschaft. Die Wertbeteiligung fällt in den der Erbengemeinschaft zufließenden Nachlaß, und nur die Erbengemeinschaft repräsentiert als erbrechtliche Rechtsnachfolgerin die Mitgliedschaft des Erblasser bei der Auseinandersetzung.

2. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers

Wenn der Erblasser in seinem Testament TV angeordnet hat, fällt die Wertbeteiligung des Erblassers an der Gesellschaft, die durch Auflösung der Mitgliedschaft frei geworden ist (und zwar in Form des Anspruchs auf den Liquidationserlös), in den Nachlaß, der der Verwaltung des TV unterliegt. Damit sind die Erben von jeglicher Verfügung über ihn und jeglicher Einflußnahme auf die Abwicklungsgesellschaft ausgeschlossen, da der TV am Nachlaß ein Verwaltungsrecht unter Ausschluß der Erben hat.

a) Die Liquidation der Gesellschaft

Der TV wird an Stelle des Erben bzw. bei Erbenmehrheit deren Vertreter Liquidator in der Gesellschaft und hat alle Rechte und Pflichten eines Liquidators¹¹⁾. Weitere Rechte der Erben, die ihnen als Beteiligte zukommen, übt er an ihrer Stelle aus¹²⁾. Diese Berechtigung ist in Hinblick auf § 152 HGB von großer Bedeutung, da die Beteiligten durch ihr Weisungsrecht gegenüber den Liquidatoren die Herren der Abwicklung sind. Bedenken dagegen, daß der TV die Rechte der Erben in der Abwicklungsgesellschaft wahrnimmt, bestehen nicht. Da die Erben ihre Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten auf den Nachlaß beschränken können, bleibt die Rechtsmacht des TV auf den Nachlaß beschränkt. Ob die übrigen Gesellschafter mit der Tätigkeit des TV einverstanden sind, spielt keine Rolle. Da die Gesellschaft aufgelöst ist, müssen sie es hinnehmen, daß auch Gesellschaftsfremde, die an der Auseinandersetzung der Gesellschafter ein rechtliches Interesse haben, wie der Privatgläubiger oder Konkursverwalter eines Gesellschafters und

¹¹⁾ Hueck, OHG 318, Schlegelberger-Geßler, § 146 Anm. 6, Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 146 Anm. 6, Weipert, § 146 Anm. 28, Baumbach-Duden, § 146 Anm. 2, v. Godin, 117, Haegele, DRpf 1956, 182 (185), Hackl, Diss. 18 ff, Rehlinger, Diss. 12 f, a. A. Ritter, § 146 Anm. 2

¹²⁾ Hackl, Diss. 25 ff, der den TV als Beteiligten ansieht

5. Rechtsstellung des TV bei Auflösung der Gesellschaft

ja auch die Erben, als Beteiligte auf die Abwicklung Einfluß haben. Die mitgliedschaftsrechtlichen Bedenken gegen eine TV, wie sie bei der Gesellschafterstellung bestehen, entfallen hier, da die Erben persönlich nicht Gesellschafter werden, sondern nur die Mitgliedschaft des Erblassers zum Zweck der Auseinandersetzung als Erben repräsentieren. Da sie aber als Erben der Macht des TV unterliegen, müssen auch sie sich die Tätigkeit des TV gefallen lassen.

Ist die Liquidation beendet, so fällt das Auseinandersetzungsgut haben der Erben in den Nachlaß, der der Verwaltung des TV unterliegt. Er kann die Auszahlung des Betrages an sich verlangen, der nach der Schlußbilanz auf die Erben entfallen würde. Bedarf er ihn nicht zur Erfüllung seiner weiteren Obliegenheiten, so hat er ihn den Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen, § 2217 Abs. 1 Satz 1 BGB.

b) Die Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung

Die Liquidation findet nach Auflösung der Gesellschaft nur statt, „sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart ist“, § 145 Abs. 1 HGB. Wenn eine derartige Vereinbarung vorliegt, ist auch der TV an sie gebunden. Fehlt sie, so tritt zwar die gesetzliche Folge der Liquidation ein, doch kann auch nachträglich noch eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart werden. An Stelle des verstorbenen Gesellschafters müssen seine Erben an dem Beschluß mitwirken¹³⁾. Ihre Rechte werden jedoch vom TV ausgeübt, da der Anspruch auf den Liquidationserlös seiner Verwaltung unterliegt und eine derartige Vereinbarung zugleich eine Verfügung über die Wertbeteiligung darstellt¹⁴⁾.

c) Die Fortsetzungsvereinbarung

In vielen Fällen wird eine Auseinandersetzung gar nicht im Interesse der übrigen Gesellschafter sein, da durch sie der innere Wert des Unternehmens verloren geht und sie selbst ihre Lebenstätigkeit verlieren.

Wenn sie im Gesellschaftsvertrag für diesen Fall nicht vorgesorgt und nicht bei Ableben eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen haben, können sie auch noch nach der Auflösung die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbaren, solange sie nicht beendet ist. Die Gesellschaft ändert dann wieder ihren Zweck und nimmt ihre Tätigkeit als werbende Gesellschaft wieder auf. An Stelle des verstorbenen Gesellschafters müssen auch hier die Erben an dem Beschluß mitwirken¹⁵⁾, und da vom Erblasser TV angeordnet ist, werden deren Rechte vom TV ausgeübt.

¹³⁾ Hueck, OHG 306, Schlegelberger-Geßler, § 145 Anm. 21,

¹⁴⁾ Hackl, Diss. 15 ff

¹⁵⁾ Hueck, OHG 220, Schlegelberger-Geßler, § 131 Anm. 28

§ 14. Rechtsstellung des TV bei Auflösung der Gesellschaft

Für die Rechte der Erben kommt es aber darauf an, ob die Gesellschaft mit ihnen oder ohne sie fortgesetzt werden soll.

aa) Die Fortsetzung der Gesellschaft ohne die Erben

Soll die Gesellschaft ohne die Erben fortgesetzt werden, so bedarf es nur der Zustimmung des TV¹⁶⁾. Denn seiner Verwaltung unterliegt die Wertbeteiligung des verstorbenen Gesellschafters, und er kann die Durchführung des gesetzlichen Liquidationsverfahrens zur Ermittlung des Liquidationserlöses verlangen. Deshalb bedeutet für ihn die Fortsetzung der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern eine Umwandlung der Wertbeteiligung in einen Abschichtungsanspruch und damit eine andere Art der Auseinandersetzung, die seiner Zustimmung bedarf.

bb) Die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben

(Die Stellung des Testamentsvollstreckers bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrages)

Soll die OHG aber mit den Erben fortgesetzt werden, so bedarf es zwar auch der Zustimmung des TV, da mit einer derartigen Vereinbarung zugleich auch über die Wertbeteiligung, die seiner Verwaltung unterliegt, verfügt wird¹⁷⁾.

Mit der Fortsetzungsvereinbarung treten aber die Erben persönlich als Gesellschafter in die OHG ein. Deshalb bedarf es auch ihrer Zustimmung, da sie persönliche Pflichten übernehmen und mit der unbeschränkten Gesellschafterhaftung belastet werden¹⁸⁾.

Kraft seines Amtes kann der TV einen Gesellschaftsvertrag nicht schließen. Der Nachlaß kann mangels Rechtsfähigkeit nicht Gesellschafter sein. Die Erben kann der TV aber nicht als Gesellschafter verpflichten, da mit der Eingehung eines Gesellschaftsvertrages persönliche Pflichten und eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter verbunden ist, die Macht des TV aber zwingend auf den Bereich des Nachlasses beschränkt ist. Deshalb kann der TV kraft seines Amtes keinen Gesellschaftsvertrag für die Erben schließen¹⁹⁾. Von der Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte ist er auch ausgeschlossen, da die Gesellschafterstellung in einer Personengesellschaft nicht mit der Rechtsstellung eines TV vereinbar ist.

Wenn aber die Erben zustimmen, kann der TV als deren Vertreter die Fortsetzung der Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern beschließen. Bei Erbenmehrheit beteiligen sich alle Erben persönlich

¹⁶⁾ A. A. Hackl, Diss. 43 f (aber widersprüchlich zu 36)

¹⁷⁾ Hackl, Diss. 36, Rehlinger, Diss. 14

¹⁸⁾ Waldmann, DFG 1944, 37 (39)

¹⁹⁾ Hueck, OHG 17, Palandt-Rechenmacher, § 2205 Anm. 1 b, Erman-Hense, § 2205 Anm. 5, Haegele, TV 38, Bondi, ZBH 1926, 308 (316), Fischer, JZ 1954, 426 (427), Hackl, Diss. 38 ff, KG RJA 12, 132, a. A. Sommer, DNotZ 1936, 937 (939)

5. Rechtsstellung des TV bei Auflösung der Gesellschaft

als neue Gesellschafter an der wiederauflebenden Gesellschaft, da die Erbengemeinschaft nicht Mitglied einer Personengesellschaft sein kann.

Die Erben müssen den TV bevollmächtigen, da er gegen ihren Willen ihnen nicht persönliche Pflichten, vor allen Dingen die unbeschränkte Gesellschafterhaftung, aufzwingen kann²⁰⁾.

Ohne Zustimmung der Erben kann der TV die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbaren, wenn er persönlich als Treuhänder für die Erben in die Gesellschaft eintritt²¹⁾. Dann ist er mit den Gesellschaftspflichten belastet, und er trägt die unbeschränkte Haftung für die Gesellschaftsschulden. Von den Erben kann er zwar Ersatz für seine Aufwendungen verlangen, doch können die Erben ihm gegenüber ihre Haftung auf den Nachlaß beschränken. Gesellschaftsrechtliche Bedenken gegen diese Form der TV bestehen nicht.

II. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Ausscheiden des Gesellschafters mit seinem Tode

Die Gesellschafter können vereinbaren, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, wenn ein Gesellschafter stirbt. Dann scheidet der Gesellschafter mit seinem Tode aus der Gesellschaft aus, § 138 HGB; seine Mitgliedschaft erlischt, die Gesellschaft wird aber dadurch nicht berührt. Die Wertbeteiligung des Erblassers geht in Form des Abschichtungsanspruches gegen die Gesellschaft auf die Erben über.

1. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers im Fall des § 138 HGB

Der Abschichtungsanspruch gehört zum Nachlaß²²⁾ und unterliegt deshalb der Verwaltung durch den TV^{22a)}. Kraft seines Verwaltungsrechtes wirkt der TV an der Feststellung des Abschichtungsanspruches mit.

Die Auszahlung des Geldes erfolgt an ihn, und er berichtigt die Verbindlichkeiten des Erblassers. Ihm kommt es zu, die erloschene Mitgliedschaft rechtlich zu liquidieren.

2. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei einem Eintrittsrecht des Erben

Wenn im Gesellschaftsvertrag aber dem Erben das Recht eingeräumt ist, als Gesellschafter in die Gesellschaft einzutreten, kommt

²⁰⁾ Hueck, OHG 17

²¹⁾ Hueck, OHG 17, Sommer, DNotZ 1936, 937 (938 f), a. A. Hackl, Diss. 41, anscheinend Haegele, DRpf 1956, 182 (185)

²²⁾ Buchwald, AcP 154, 22 (25)

^{22a)} Rehlinger, Diss. 15, Hallermann, Diss. 127

§ 14. Rechtsstellung des TV bei Auflösung der Gesellschaft

eine TV für die Gesellschafterstellung nicht in Frage²³). Das Eintrittsrecht des Erben gehört nicht zum Nachlaß des Erblassers, sondern entsteht unmittelbar in der Person des Erben. Die entsprechende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ist insoweit ein Vertrag zugunsten Dritter, §§ 328, 331 BGB²⁴).

Sinn einer derartigen Regelung ist es, dem Erben die Möglichkeit der wertvollen Gesellschafterstellung zu erhalten, seine Beteiligung aber in sein Belieben zu setzen. Macht der Erbe von seinem Recht Gebrauch, so wäre es ein Unding, ihm die vermögensrechtliche Beteiligung zu entziehen und sie unter die Verwaltung eines TV zu stellen. Der TV hat deshalb den Abschichtungsanspruch dem Erben freizugeben, wenn er in die Gesellschaft eintritt.

III. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Ausscheiden des Gesellschafter-Erben oder Auflösung der Gesellschaft im Rahmen des § 139 HGB

Zu klären bleibt noch die Rechtsstellung des TV, wenn die übrigen Gesellschafter den Antrag des Erben auf Einräumen der Kommanditistenstellung ablehnen und der Gesellschafter-Erbe innerhalb der Ausschußfrist nach § 139 Abs. 2 HGB aus der Gesellschaft ausscheidet oder die Gesellschaft innerhalb dieser Frist aufgelöst wird. Entstehungstatbestand des Abschichtungs- bzw. Auseinandersetzungsanspruchs ist nicht der Erbfall, sondern entweder ein eigenes Verhalten des Erben oder andere Umstände. Liebisch leugnet deshalb in diesen Fällen die Zugehörigkeit des Anspruches zum Nachlaß und spricht ihn dem Erben persönlich zu²⁵). Die Auffassung Liebischs entspricht aber nicht den Tendenzen des Gesetzes. Zwar ist es richtig, daß grundsätzlich der Abschichtungs- oder Auseinandersetzungsanspruch nicht der Verwaltung des TV unterliegt, obwohl er nach § 717 Satz 2 BGB übertragbar ist; denn der TV ist von der Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte ausgeschlossen, gleichgültig, ob sie übertragbar sind oder nicht²⁶).

Im Rahmen der Dreimonatsfrist nach § 139 HGB aber kann das nicht gelten. Während dieser Zeit befindet sich die Gesellschafterstellung in einem Schwebezustand. Nach § 139 Abs. 4 HGB haftet der Gesellschafter-Erbe nur nach den Vorschriften des Erbrechts, wenn er innerhalb der Ausschußfrist aus der Gesellschaft ausscheidet oder die Gesellschaft aufgelöst wird. Das gilt auch für Verbindlichkeiten, die nach dem Erbfall für die Gesellschaft eingegangen werden. Man kann deshalb sagen, daß der Gesellschafter-Erbe

²³) Vgl. oben § 1 I 3 a

²⁴) Hueck, OHG 262, Siebert, GV u. ErbR 12, Liebisch, ZHR 116, 128 (186)

²⁵) Liebisch a.a.O. 147 f

²⁶) Vgl. oben § 11 II

6. Rechtsstellung des TV bei der Kommanditistenstellung

unter bestimmten Voraussetzungen im Rahmen des § 139 HGB nur als Erbe des verstorbenen Gesellschafters angesehen wird und allein nach erbrechtlichen Gesichtspunkten behandelt wird. Deshalb wird auch der Auseinandersetzungsanspruch in diesen Fällen dem Nachlaß zuzuführen sein. Er unterliegt dem Verwaltungsrecht des TV²⁷⁾, dessen Aufgabe es ist, die Mitgliedschaft rechtlich zu liquidieren.

Damit ist die Rechtsstellung des TV in kurzen Worten umrissen, wenn die Mitgliedschaft in der Personengesellschaft nicht unmittelbar von den Erben fortgesetzt wird.

Die Rechtsmacht des TV ist in diesen Fällen erheblich stärker und stößt nicht auf dieselben erbrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Bedenken.

Sechstes Kapitel

§ 15. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei der Kommanditistenstellung

Neben der OHG steht die Kommanditgesellschaft als Personenhandelsgesellschaft. Im Verhältnis zur OHG ist sie den Kapitalgesellschaften angenähert. Neben die persönlich haftenden Gesellschafter treten die sog. Kommanditisten, die nur auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt haften und deshalb auch von der Herrschaft in der Gesellschaft weitgehend ausgeschlossen sind.

Die Rechtsstellung des persönlich haftenden Gesellschafters in der KG, des sog. Komplementars, entspricht der eines Gesellschafters in der OHG, § 161 Abs. 2 HGB. Deshalb gilt für den TV eines Komplementars dasselbe wie für den Gesellschafter einer OHG.

Erheblich anders dagegen ist die Rechtsstellung des Kommanditisten. Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern nur bis zur Höhe seiner Einlage, und wenn er die Einlage geleistet hat, entfällt überhaupt seine Haftung, § 171 Abs. 1 HGB. Dafür steht ihm auch grundsätzlich nicht die Geschäftsführung zu, § 164 HGB, und zur Vertretung der Gesellschaft ist er nicht ermächtigt, § 170 HGB. Sein Rechte- und Pflichtenkreis in der Gesellschaft ist im Verhältnis zum Komplementar erheblich beschränkt. Wirtschaftlich betrachtet, kann man von einer kapitalistischen Beteiligung an einer Personengesellschaft sprechen¹⁾.

²⁷⁾ Schlegelberger-Geßler, § 139 Anm. 14, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 63, Rehlinger, Diss. 91

¹⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht, 88

Da sie im Vordergrund steht und es auf die konkrete Persönlichkeit des Gesellschafters nicht so entscheidend ankommt wie bei dem persönlich haftenden Gesellschafter, wird die Gesellschaft durch den Tod eines Kommanditisten nicht aufgelöst, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt, § 177 HGB²⁾). Die Gesellschaft wird vielmehr mit den Erben als Kommanditisten unmittelbar fortgesetzt. Doch ist die Beteiligung als Kommanditist nicht soweit kapitalistisch ausgestaltet, daß die Persönlichkeit der Gesellschafter völlig zurücktritt³⁾. So kann bei Erbenmehrheit nicht die Erbengemeinschaft als solche Gesellschafterin werden, sondern jeder Miterbe persönlich wird mit dem auf ihn entfallenden Teil der Kommanditeinlage des Erblassers Kommanditist⁴⁾. Der Erbe wird nicht nur als Erbe Rechtsnachfolger des verstorbenen Kommanditisten, sondern tritt zugleich auch persönlich als Gesellschafter in die KG ein. Mit dem Erbfall wird er persönlich mit den mitgliedschaftlichen Pflichten belastet, wie z. B. der gesellschaftlichen Treuepflicht⁵⁾. Für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet er persönlich bis zur Höhe der Kommanditeinlage. Ob dies auch für Gesellschaftsschulden gilt, die die KG vor seinem Eintritt eingegangen ist, hängt davon ab, ob § 173 HGB auch für den Erben Anwendung findet. Das ist zwar umstritten, doch bejaht die überwiegende Auffassung die Anwendung und lehnt damit eine erbrechtliche Haftungsbeschränkung ab⁶⁾. Die besonderen Gestaltungsprinzipien der Personengesellschaft beherrschen also auch die Gesellschafterstellung als Kommanditist. Diese Gegebenheit darf nicht bei dem Problem der TV an einer Kommanditbeteiligung übersehen werden⁷⁾.

²⁾ Schlegelberger-Geßler, § 177 Anm. 8, Siebert, NWB Fach 18, 59 (61 unter II 1 b)

³⁾ Das ist erst bei der KommAG der Fall

⁴⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht, 95, RG DR 1943, 1228 gegen RGZ 123, 289 (293) u. 366 (369), Schlegelberger-Geßler, § 177 Anm. 6, Weipert, § 177 Anm. 16, Siebert, NWB Fach 18, 59 (62 unter II 3 a), a. A. v. Gierke, Lb § 37 VIII

⁵⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht, 92

⁶⁾ RGZ 123, 366 (370), Hueck, OHG 275, Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 177 Anm. 4, Weipert, § 177 Anm. 14, Baumbach-Duden, § 177 Anm. 1 A, a. A. v. Gierke, Lb § 37 VIII, Schlegelberger-Geßler, § 177 Anm. 5, Siebert, NWB Fach 18, 59 (65 unter II 4 a aa), Liebisch, ZHR 116, 128 (160 ff)

⁷⁾ Nicht für zulässig halten eine TV an einer Kommanditbeteiligung: RGZ 172, 199 (203), Schlegelberger-Geßler, § 177 Anm. 4, Weipert, § 177 Anm. 22, RGR-Komm. (Kregel), § 2205 Anm. 1 b, Achilles-Greif (Kregel), § 2205 Anm. 1, v. Godin, 122 mit Ausnahme der übertragbaren Rechte, a. A. Donner, DNotZ 1944, 143 (146, 147), Schilling, Festschrift f. W. Schmidt, 208 (214), Rehlinger, Diss. 98 ff, Götz, Diss. 73 ff bis auf das Stimmrecht, Weiler, DNotZ 1952, 283 (301, 302), anscheinend Bondi, JW 1931, 3073 (3074 unter V d)

Zulässig nur für den Fall, daß die Einlage voll geleistet ist: Kipp-Coing, § 68 III 2 c, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 69, Haegeler, DRpfl 1956, 182 (184)

6. Rechtsstellung des TV bei der Kommanditistenstellung

Mit dem Tod des Erblassers wird sein Erbe ohne weiteres Kommanditist in der Kommanditgesellschaft. Die Mitgliedschaft als Kommanditist geht durch **V e r e r b u n g** unmittelbar auf den Erben über⁸⁾. Sie ist Gegenstand des Erbrechts und gehört damit zum Nachlaß. Gerade aber die Zugehörigkeit zum Nachlaß lehnt das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 10. 1. 1944⁹⁾ ab wegen der Eigenart der mitgliedschaftlichen Stellung in einer Personengesellschaft. Deshalb sei auch die Stellung des Kommanditisten der Verwaltung durch den TV entzogen. Dem ist aber, wie schon oben bei der Mitgliedschaft in einer OHG ausgeführt wurde, entgegenzuhalten, daß die Kommanditbeteiligung unbestreitbar zum Vermögen des Erblassers gehörte und damit an sich auch in seinen Nachlaß fällt.

Wollte man das leugnen, entfielen schon aus diesem begrifflichen Gesichtspunkt ein Verwaltungsrecht des TV. Die Feststellung, daß die Stellung als Kommanditist zum Nachlaß des Erblassers gehört, besagt aber nicht, daß sie auch dem Machtbereich des TV unterliegt. Das hängt allein davon ab, ob die Rechtsstellung des TV mit der eines Kommanditisten vereinbar ist.

Auch bei der Kommanditbeteiligung stehen die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten dem Gesellschafter grundsätzlich nur höchstpersönlich zu, §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, § 717 BGB. An seine konkrete Persönlichkeit sind sie gebunden und können grundsätzlich auch nur von ihm ausgeübt werden. Die Mitgesellschafter brauchen es sich nicht gefallen zu lassen, daß ein Kommanditist einem Nichtgesellschafter die Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten überläßt. Da der Erblasser die TV durch Rechtsgeschäft anordnet und damit das Verwaltungsrecht des TV willkürlich herbeiführt, steht auch der Ausübung der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten durch ihn deren Individualbezogenheit entgegen. Da aber diese rechtliche Ausgestaltung nur dem Schutz und Interesse der Mitgesellschafter dient, können sie der Ausübung der Rechte und Pflichten durch einen Gesellschaftsfremden zustimmen und sie auch schon im Gesellschaftsvertrag zulassen¹⁰⁾. Vielfach wird gerade bei der Kommanditbeteiligung eine ausdrückliche Zulassung der TV durch die übrigen Gesellschafter für überflüssig gehalten, da die Mitgliedschaft als Kommanditist vererblich sei (§ 177 HGB) und damit schon eine gewisse Ablösung von der Persönlichkeit des Kommanditisten gegeben sei¹¹⁾. Die Zustimmung der übrigen Gesellschafter sei darin zu erblicken, daß der Gesellschaftsvertrag die Ver-

⁸⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht, 95, Schlegelberger-Geßler, § 177 Anm. 3, Siebert, NWB Fach 18, 59 (61 unter II 1 a)

⁹⁾ RGZ 172, 199 (203, 204)

¹⁰⁾ Fischer in RGR-Komm. § 717 Anm. 11

¹¹⁾ Schilling a.a.O. 216

erblichkeit der Kommanditbeteiligung nicht ausschlosse. Dieser Auffassung kann aber nicht zugestimmt werden, da mit der Vererblichkeit der Gesellschafterstellung keineswegs auch verbunden ist, daß die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten durch einen Nicht-gesellschafter ausgeübt werden können. § 177 HGB ist im Recht der Personengesellschaften eine Sondervorschrift, die ohne weiteres einer Analogie nicht fähig ist. Die unbeschränkte Vererblichkeit der Kommanditbeteiligung kann nicht zu dem Schluß verleiten, daß an Stelle des Erben, der in die Kommanditistenstellung einrückt, ein Nichtgesellschafter als TV tätig werden kann¹²⁾.

Auch wenn die TV im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich zugelassen wird oder die übrigen Gesellschafter ihr zustimmen, muß doch geklärt werden, ob die Macht des TV sich auch auf die Kommanditbeteiligung erstrecken kann. In den Mittelpunkt der Erörterungen wird auch hier das Problem der Haftung gestellt¹³⁾.

Auch der Kommanditist haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich. Doch haftet er nur bis zur Höhe seiner Einlage, seine Haftung ist also beschränkt. Sie ist aber nicht gegenständlich auf ein Sondervermögen beschränkt, sondern lediglich rechnerisch. Im Rahmen seiner gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung haftet der Kommanditist in vollem Umfang persönlich und kann seine Haftung nicht auf den Nachlaß beschränken¹⁴⁾. Da aber die Macht des TV zwingend auf den Bereich des Nachlasses beschränkt ist, kann er niemals eine Haftung für den Erben begründen, die diesen über den Rahmen des Nachlasses hinaus belasten würde. Schon wegen dieser haftungsrechtlichen Gesichtspunkte ist die Stellung als Kommanditist dem Verwaltungsrecht des TV entzogen.

Nach verbreiteter Rechtsauffassung soll sich aber die Rechtslage ändern, wenn der Erblasser die Kommanditeinlage bereits voll eingezahlt hat¹⁵⁾. Soweit nämlich die Einlage geleistet ist, entfällt die Haftung des Kommanditisten für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, § 171 Abs. 1 HGB.

Weil somit eine persönliche Haftung des Erben ausgeschlossen sei, stehe einer Verwaltung durch den TV nichts im Wege. Diese Ansicht wird noch mit dem Hinweis auf die bloß kapitalistische Beteiligung des Kommanditisten zu stützen versucht. Soweit er gesellschaftliche Rechte habe, sei er an der gesellschaftlichen Willensbildung nicht anders beteiligt als der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft.

¹²⁾ Vgl. RGZ 172, 199 (207)

¹³⁾ Kipp-Coing, § 68 III 2 c, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 69; vgl. RGZ 172, 199 (203)

¹⁴⁾ RGZ 172, 199 (203)

¹⁵⁾ Kipp-Coing, § 68 III 2 c, Staudinger-Dittmann, § 2205 Anm. 69, Haegeler, DRpfl 1956, 182 (184)

6. Rechtsstellung des TV bei der Kommanditistenstellung

Eine Pflicht zur Ausübung dieser Rechte obliege ihm nicht¹⁶⁾. Es trifft zu, daß der Kommanditist eine unternehmerische Verpflichtung nicht hat. Doch ist es nicht richtig, von einer nur kapitalistischen Verpflichtung zu sprechen, denn dann beständen keine Bedenken, die Kommanditbeteiligung in den Nachlaß einer Erbengemeinschaft fallen zu lassen. Gegen eine nur kapitalistische Verpflichtung spricht die persönliche Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, wenn er die Einlage noch nicht geleistet hat, sie sich ganz oder teilweise hat zurückzahlen lassen oder Gewinnanteile entnommen hat, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB.

Deshalb kann es nicht darauf ankommen, daß die Einlage beim Tode des Erblassers voll geleistet und deshalb die Haftung ausgeschlossen ist. Es ist dem Reichsgericht zuzustimmen, wenn es darauf aufmerksam macht, daß die gesellschaftliche Haftung des Kommanditisten-Erben nicht davon abhängt, „inwieweit der Kommanditanteil beim Tode des Erblassers eingezahlt ist, sondern davon, inwieweit die Einzahlung zur Zeit der Inanspruchnahme als geleistet anzusehen ist (§ 172 Abs. 4 HGB)“¹⁷⁾.

Zwar steht der Kommanditist, wenn Rückzahlungen an ihn geleistet werden, nicht ungünstiger als ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft in gleichem Falle (§§ 56 Abs. 1, 52 AktG, §§ 31 Abs. 1, Abs. 2, 30 Abs. 1 GmbHG). Doch dient bei den Kapitalgesellschaften Haftung bzw. Erstattungspflicht nur dem Zweck, das Grundkapital für die Gesellschaft zu erhalten und dadurch die Gläubiger zu sichern¹⁸⁾.

Die Haftung des Kommanditisten erklärt sich nicht aus einer ähnlichen Schutzfunktion, sondern ergibt sich aus seiner Stellung als Gesellschafter in einer Personengesellschaft. Die persönliche Haftung gegenüber den Gläubigern steht hier im Vordergrund. Da aber seine Haftung auf die Einlage beschränkt ist, entfällt sie, wenn die Einlage geleistet ist.

Der Kommanditist muß auch die Möglichkeit behalten, im Einverständnis mit den übrigen Gesellschaftern seine Einlage zu erhöhen und damit wieder eine persönliche Haftung auf sich zu nehmen. Zur Erhöhung seiner Einlage ist der Kommanditist zwar nicht verpflichtet, aber nur wenn er sich dazu bereit erklärt, wird sein Mitwirkungsrecht an außergewöhnlichen Maßnahmen Gewicht haben (§ 164 HGB).

¹⁶⁾ Schilling a.a.O. 215

¹⁷⁾ RGZ 172, 199 (204)

¹⁸⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht, 157, 195 f

§ 15. Rechtsstellung des TV bei der Kommanditistenstellung

Der TV könnte jedoch kraft seines Amtes nicht einen Beschluß mitfällen, durch den der Kommanditisten-Erbe zu einer Erhöhung seiner Einlage verpflichtet wird, da sein Machtbereich sich nicht auf persönliche Verpflichtungen des Erben erstreckt. In derartigen Fällen müßte stets der Erbe seine mitgliedschaftliche Stellung wahrnehmen. Eine derartige Zuständigkeitsaufteilung ist aber nicht möglich; sie widerspricht dem Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft.

Aus gesellschaftsfremden Gesichtspunkten kann dem Kommanditisten aber nicht die Möglichkeit genommen werden, sein Risiko zu erhöhen und im Einverständnis mit seinen Mitgesellschaftern eine erweiterte Verpflichtung zu übernehmen; denn seine Mitgliedschaft ist nicht auf eine Sachleistung bezogen. Sie ist vielmehr trotz erheblichen kapitalistischen Einschlags personalgebunden und wird nicht durch die Einlage bestimmt. Das kommt auch darin zum Ausdruck, daß der Kommanditist stets nur einen Kommanditanteil innehaben kann. Bei den Kapitalgesellschaften dagegen ist die Mitgliedschaft den Vermögensgegenständen insoweit angenähert, als mehrere Beteiligungen durch Vereinigung in einer Person nicht ihre Selbständigkeit verlieren, vgl. § 12 AktG, § 15 Abs. 2 GmbHG. So kann der Gesellschafter einer AG mehrere Aktien besitzen und der Gesellschafter in einer GmbH mehrere selbständige Geschäftsanteile haben, die jede für sich ein selbständiges Mitgliedsrecht vermitteln. Bei Personengesellschaften aber hat jeder Gesellschafter nur eine Mitgliedschaft, da die Gesellschafterstellung auf die Persönlichkeit bezogen ist.

Im übrigen trifft den Kommanditisten auch stets eine persönliche Pflicht von entscheidender Bedeutung, die gesellschaftliche Treuepflicht¹⁹⁾. Darüber hinaus kann der Gesellschaftsvertrag dem Kommanditisten mannigfaltige persönliche Pflichten auferlegen, da das Verhältnis der Gesellschafter zueinander von der Vertragsfreiheit beherrscht wird, §§ 161 Abs. 2, 109 HGB. Diese persönlichen Pflichten greifen notwendig über den Bereich des Nachlasses hinaus. Da sie aber wesensmäßig mit der Kommanditistenstellung verbunden sind, die Macht des TV aber auf den Nachlaß beschränkt ist, kann sich das Verwaltungsrecht des TV nicht auf die Kommanditistenstellung erstrecken. Soweit der Erbe als Kommanditist Träger von mitgliedschaftlichen Pflichten ist, muß er auch die Möglichkeit haben, die mitgliedschaftlichen Rechte auszuüben. Damit wird das Problem der Einheit von Mitgliedschaft und mitgliedschaftlicher Rechtsausübung berührt.

¹⁹⁾ Hueck, Gesellschaftsrecht, 92 (§ 19 V 2), Schlegelberger-Geßler, § 165 Anm. 1

6. Rechtsstellung des TV bei der Kommanditistenstellung

Auch bei der Kommanditbeteiligung können einzelne Mitgliedschaftsrechte nicht von der Gesellschafterstellung gesondert übertragen werden. Das hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 8. 10. 1953 für das Stimmrecht eines Kommanditisten besonders ausgeführt²⁰⁾. Aus dem Wesen der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft folgt, daß mitgliedschaftliche Herrschafts- und Verwaltungsrechte nicht auf Dritte übertragen werden können. Bei Anordnung einer TV verbleibt zwar die gesamte Mitgliedschaft ungeschmälert dem Erben, lediglich die Ausübung der Rechte ist dem TV übertragen. Da aber der TV an Stelle des Erben nach eigenem Ermessen die Rechte ausübt, wäre dem Kommanditisten-Erben jegliche Möglichkeit entzogen, auf die Gesellschaft Einfluß zu nehmen. Tatsächlich findet eine Aufspaltung der Mitgliedschaft statt, da die gesamte Rechtsausübung von der Mitgliedschaft getrennt wird. Da auch die Kommanditistenstellung nicht nur auf eine kapitalistische Verpflichtung beschränkt ist, sondern auch personale Pflichten umfaßt, gilt für die Kommanditbeteiligung genau dasselbe wie bei der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters. Auch sie wird von den besonderen Gestaltungsprinzipien beherrscht, die eine Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte durch einen TV verbieten. In der gesetzlichen Form kann also nicht eine TV durchgeführt werden. Dem Machtbereich des TV unterfallen auch nicht die übertragbaren Rechte nach § 717 Satz 2 BGB, obwohl diese Rechte ohne weiteres von der Mitgliedschaft losgelöst werden können²¹⁾. Nur wenn der Erblasser eine rechtsgeschäftliche Differenzierung vorgenommen hat und diese Ansprüche durch eine besondere Anordnung im Testament, Vermächtnis oder Auflage, dem TV zugewiesen hat, unterliegen sie dem Verwaltungsrecht des TV, dogmatisch sauberer ausgedrückt, stehen sie ihm treuhänderisch zu²²⁾.

Der TV kann aber als Vertreter der Erben deren mitgliedschaftliche Rechtsstellung ausüben, sofern sie seiner Verwaltung zustimmen und ihm Vollmacht erteilen. Durch eine Auflage kann sie der Erblasser nicht verpflichten, sich die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den TV gefallen zu lassen. Im übrigen gilt dasselbe wie bei der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters.

Auch wenn die Erben für eine Vertretung durch den TV nicht ihr Einverständnis geben, ist der TV berechtigt, die Kommanditbeteiligung als Treuhänder zu übernehmen. Der TV wird dann selbst Kommanditist mit allen mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten. Der Erblasser wird in der Regel diese Form der TV billigen, da anderenfalls die TV rechtlich nicht durchgeführt werden kann. Für

²⁰⁾ BGH LM Nr. 6 zu § 105 HGB

²¹⁾ A. A. v. Godin, 122

²²⁾ Vgl. oben § 12 I

§ 15. Rechtsstellung des TV bei der Kommanditistenstellung

den TV bedeutet die treuhänderische Übernahme der Kommanditistenstellung nicht ein so großes Risiko wie bei der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, da er seine persönliche Haftung durch die Einzahlung der Einlage aus Mitteln des Nachlasses abwenden kann, falls diese noch nicht geleistet sein sollte.

Die entgegenstehenden Interessen der Mitgesellschafter sind durch die Zulassung der TV im Gesellschaftsvertrag ausgeräumt worden. Sollte der Gesellschaftsvertrag eine TV-Klausel nicht enthalten, so müssen sie der treuhänderischen Übernahme durch den TV zustimmen. Eine Zustimmung der Erben aber ist nicht erforderlich, da ihnen gegenüber die TV angeordnet ist und sie durch diese Form der Ausübung nicht in ihrer persönlichen Rechtsstellung berührt werden. Eine Aufspaltung der Gesellschafterstellung findet nicht statt, da die Kommanditbeteiligung im ganzen dem TV zusteht.

Der TV kann also die Kommanditistenstellung treuhänderisch übernehmen und nach Beendigung seines Amtes wieder auf den Erben zurückübertragen²³⁾.

Sollte sich der TV nicht zu dieser Form der Verwaltung entschließen, so ist die Anordnung der TV insoweit unwirksam, da die TV an einer Kommanditbeteiligung rechtlich nicht durchgeführt werden kann.

²³⁾ Vgl. hierzu insbesondere § 10 II

Lebenslauf

Am 21. März 1937 wurde ich, Reinhard Richardi, als Sohn des Reichsbahnrats und Diplomingenieurs Günther Richardi und seiner Ehefrau Charlotte, geb. Kühn, zu Berlin-Charlottenburg geboren.

1943 wurde ich in Dresden eingeschult und besuchte anschließend die Volksschule in Angermünde (Mark Brandenburg) und nach dem Kriegsende die Volksschule in Berlin.

1947 ging ich auf das Charlottenburger Gymnasium, einer humanistischen Schule in Berlin-Charlottenburg, und bestand dort im März 1956 das Abitur.

Vom Sommer 1956 bis zum Sommer 1957 studierte ich an der Freien Universität in Berlin Rechtswissenschaft. Dann ging ich an die Universität München. Hier nahm ich an Seminaren der Herren Professoren Hueck, Dietz und Kunkel teil.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 13. 1. 1960 mit der Prüfungsgesamtnote „gut“ (2, 80). Seit dem 1. 4. 1960 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts München. Seit November 1960 verwalte ich die Stelle eines wissenschaftlichen Assistenten am Seminar für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität München.

